

ANÁLISE DOS CRITÉRIOS LEGAIS PARA DISTINGUIR O CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA O CONSUMO PESSOAL DO CRIME DO TRÁFICO DE DROGAS

ANALYSIS OF THE LEGAL CRITERIA TO DISTINGUISH THE CRIME OF POSSESSION OF DRUGS FOR PERSONAL CONSUMPTION FROM THE CRIME OF DRUG TRAFFICKING

Breno Lírio Passos¹
Kevin de Oliveira Mendonça ²

PASSOS, Breno Lírio; NUNES, Kevin de Oliveira. **Análise dos critérios legais para distinguir o crime de porte de drogas para o consumo pessoal do crime do tráfico de drogas.** 19 páginas. Trabalho de Conclusão de Curso de graduação em Direito – Centro Universitário UNINORTE, Rio Branco. 2025.

RESUMO

Introdução. O presente estudo trata da análise sistemática dos critérios legais para distinguir o crime de porte de drogas para o consumo pessoal do crime do tráfico de drogas, com ênfase no §2º, art. 28 da lei 11.343/06, que dispõe sobre os critérios para enquadrar o agente no tipo penal. **Objetivo.** Busca-se analisar se os critérios para distinção são suficientes e eficazes para garantir uma condenação e diferenciação justa entre o usuário e traficante, à luz da aplicação da lei. **Método.** A pesquisa foi desenvolvida por meio de estudos bibliográficos e análise de decisões judiciais, com destaque para o Recurso Extraordinário 635.659, julgado pelo Supremo Tribunal Federal. **Resultado.** A ausência de critérios objetivos na legislação gera uma insegurança jurídica, abrindo margem para julgamentos baseados em valores pessoais por parte dos legisladores, levando em consideração os critérios subjetivos dos denunciados. Abrindo lacunas na seletividade do direito penal e o aumento de encarceramento errôneo no Brasil. **Conclusão.** Dessa forma, faz-se necessário reformar a lei de drogas, em especial os artigos 28 e 33, com o desenvolvimento de critérios objetivos que assegurem maior uniformidade das decisões judiciais, e uma justiça igualitária.

Palavra-chave: droga; tráfico; porte para consumo; critérios legais; Lei 11.343/2006.

ABSTRACT

¹ Discente do 9º período do curso de bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Uninorte.

² Advogado. Docente do curso de Direito. Pós-Graduado em Direito Penal no IBMEC. Especialista em Direito Civil e Direito Tributário, pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Graduado em Direito no Centro Universitário Uninorte.

Introduction. The present study deals with the systematic analysis of the legal criteria to distinguish the crime of possession of drugs for personal consumption from the crime of drug trafficking, with emphasis on §2, article 28 of Law 11.343/06, which provides for the criteria to fit the agent in the criminal type. **Goal.** It seeks to analyze whether the criteria for distinction are sufficient and effective to ensure a conviction and fair differentiation between the user and the dealer, in the light of the application of the law. **Method.** The research was developed through bibliographic studies and analysis of judicial decisions, with emphasis on the Extraordinary Appeal 635.659, judged by the Federal Supreme Court. **Result.** The absence of objective criteria in the legislation generates legal uncertainty, opening the door to judgments based on personal values by legislators, taking into account the subjective criteria of the accused. Opening gaps in the selectivity of criminal law and the increase in erroneous incarceration in Brazil. **Conclusion.** Thus, it is necessary to reform the drug law, especially articles 28 and 33, with the development of objective criteria that ensure greater uniformity of judicial decisions, and equal justice.

Keyword: drug; traffic; possession for consumption; legal criteria; Law 11.343/2006.

INTRODUÇÃO

O presente artigo discute embasado em critérios legais a distinção entre o porte de drogas para consumo pessoal e o tráfico de drogas. Até o presente, não se tratavam de requisitos suficientes e efetivos para fazer a devida diferenciação do tipo penal, neste contexto, a lei 11.343/2006, estabelece diretrizes para diferenciar o usuário do traficante, que apesar da própria lei estabelecer os critérios objetivos previstos nos artigos 28, §2º e 33, muitos doutrinadores entendem que são critérios insuficientes para que realmente haja uma distinção eficaz do tipo, resultando em criminalização errônea entre os usuários e os traficantes.

Em vista do crescente número de encarceramento no Brasil, liderado em sua maioria por crimes que envolvem a lei de drogas, agregada à ausência de requisitos e pressupostos suficientes para qualificar o agente como usuário e traficante, fez-se notório a necessidade de esclarecimento quantos os seus pressupostos para distinção. Essas discussões culminaram na “RE 635.659”, uma das decisões mais recentes e importantes ao tratar do tráfico e usuário, vez que tal decisão estabelece que presumir-se-á que é usuário aquele que tiver em posse de até 40 gramas de maconha.

Este trabalho tem como objetivo geral analisar se os critérios estabelecidos pela lei de drogas são suficientes e efetivos para fazer a devida diferenciação entre o usuário e traficante, utilizando de entendimentos doutrinários e decisões judiciais para discorrer sobre o caso, já que o índice de encarceramento brasileiro é liderado por condenações que envolvem a lei de drogas.

A pergunta utilizada para nortear o estudo é: Com base nos critérios legais da lei de drogas que distingue o usuário do traficante, se tratam de critérios suficientes e efetivos para a diferenciação? Com a finalidade de responder o referido questionamento, foram realizadas consultas bibliográficas e doutrinárias acerca do assunto, abordando entendimentos de ministros, juízes, relatores e doutrinadores relacionados ao tema.

1 O QUE É O TRÁFICO DE DROGAS PARA FINS PENAIIS

Embora o tráfico de drogas repercuta muito atualmente, este trata-se de uma prática que existe há muitas décadas, e que com o decorrer da evolução e avanços tecnológicos, tais práticas foram se intensificando juntamente com a crescente evolução do crime organizado, na medida em que o crime organizado se intensificava, o tráfico de drogas crescia proporcionalmente.

O historiador Henrique Carneiro, em sua obra “As drogas: Objeto da Nova História”, concluiu que as primeiras implementações de drogas ilícitas no Brasil vieram através dos escravos africanos, onde traziam a cannabis. Porém, aqueles que realmente introduziram as drogas no Brasil foram os portugueses, através de seus instrumentos e objetos (cordas, cabos, materiais de vedação dos barcos e velas), que eram compostos por grandes quantidades de fibras da cannabis. (1994)

As drogas caminham junto com a humanidade há muitas décadas, havendo registros tão antigos feitos pela humanidade, que se tornou difícil a afirmativa de qual a primeira droga utilizada no mundo. A cannabis, atualmente uma das drogas mais acessíveis, era utilizada há mais de 3 mil anos antes de Cristo, em diversas sociedades. Na antiguidade, as substâncias que hoje são ilícitas, desempenhavam um papel importante para os antigos, tanto em cultos religiosos quanto na medicina na cura por enfermidades, tendo seu valor agregado para diversos povos, os vikings e seus cogumelos, os chineses e até os indianos faziam uso de substâncias para cultos espirituais e para fins medicinais.

Com a evolução do comércio, as drogas passaram a ser produzidas em grandes quantidades para que fossem comercializadas para os países vizinhos. No século XIX, com o crescimento do colonialismo, o ópio (substância produzida a partir da papoula), teve seu valor agregado firmemente no comércio. A Índia cultivava a papoula, que por vez a China era o principal consumidor da substância. Entretanto, essa relação

comercial entre os países culminou na Guerra do Ópio, sendo uma das primeiras guerras internacionais que foi motivada pela comercialização de drogas.

Historicamente houve duas guerras do Ópio, a primeira em meados de 1839-184, já a segunda aconteceu em 1856-1860, onde foi marcado pelo país britânico em tem o controle do comércio de ópio na China antiga. O resultado desses conflitos foi a legalização forçosa da comercialização de ópio pela China e a cessão de comercialização de Hong Kong para os britânicos. Esse cenário marcado pelo caos da guerra e um marco grande para o tráfico, deu início à um processo de comercialização de drogas e substâncias ilícitas para o mundo.

No início do século XX, as drogas passaram a ser uma preocupação internacional, levando à união e criação de Convenções e Tratados internacionais devido ao aumento de dependentes químicos. Foi de grande importância a criação da Convenção Internacional do Ópio, onde foi estabelecido diretrizes e controle internacional em relação à produção de drogas narcóticas. Tal convenção foi incorporada por diversos países, dentre eles, o Brasil não ficou de fora ao incorporar a norma ao ordenamento jurídico brasileiro.

No século XX, apesar das adversidades, foi o marco para o Brasil incorporar leis antidrogas, sendo que a partir de 1921 passou-se a criminalizar o consumo e o tráfico de drogas e entorpecentes. A primeira lei ao dispor sobre a matéria, foi em 1921, onde em 1976 foi promulgada a lei de tóxicos, que veio de modo a reforçar medidas de repressão ao tráfico, adotando punições mais severas. Contudo, em 2006 passou a vigorar a lei 11.343, conhecida como a lei de drogas, trazendo mudanças que passaram a agregar muito no ordenamento jurídico do Brasil, incluindo entendimento em seu texto normativo de como se deve fazer a distinção do usuário para o traficante. No entanto, fez-se presente a ausência de requisitos suficientes, o que deu margem para as autoridades distinguirem de acordo com a sua interpretação do caso.

Com o avanço da sociedade e suas tecnologias, houve um avanço equivalente no crime organizado. O crime organizado acontece quando um conjunto de pessoas se organizam e estruturam para se comportar de forma sistemática, obtendo grandes resultados lucrativos e influência na sociedade através de condutas criminosas. Assim, com o crescimento do crime organizado, o tráfico de drogas se intensificou, já que se trata de uma conduta ilícita lucrativa, sendo similar a uma relação de comércio, compra e venda, entre o usuário e o traficante. Além disso, o tráfico, por muitas vezes guiados e controlados por organizações criminosas transnacionais, passou a trabalhar de modo

que as distribuições das drogas incorporassem redes complexas de distribuição.

O Brasil associa o tráfico de drogas à violência urbana e ao preconceito, o que acarreta em uma grande massa de encarcerados pela lei de drogas no país. Na guerra contra as drogas e o tráfico de drogas, a política utilizada pelos Estados Unidos da América foi replicada e adotada em boa parte da América Latina, o que não deixou o Brasil de fora. Essa adoção, provocou e instigou o aumento da criminalização dos usuários e tornou cada vez mais forte e resistente o sistema penal, que aderiu cada vez mais à repressão. Tal medida não contribui de forma direta na repressão do consumo das substâncias.

O consumo e o tráfico de drogas, de acordo com a evolução histórica, são vistos como questões culturais, que ainda que se utilizem de política proibicionista, não conseguem suprimir o problema, o que acaba refletindo nas situações sociais e carcerárias do país.

O tráfico de drogas se trata de um crime que acarreta em um grande proveito econômico, explicando assim o interesse das organizações criminosas em utilizá-lo como meio de conquistar poder e influência no Brasil. Contudo, a legislação penal vigente não restringe a figura do traficante apenas àquele que pratica o ato de comercialização de substâncias entorpecentes. A lei de drogas prevê que, ainda que sem proveito econômico, pode ser considerado traficante aquele que oferece, guarda ou transporta drogas. Assim, mesmo que um amigo ofereça droga ou entorpecente para outro, com a finalidade de consumo próprio, esta conduta é entendida como tráfico. Com base nesse entendimento, é traficante também, não por analogia, mas sim por estar expressamente previsto na lei de drogas, cujo um dos verbos nucleares estabelece que aquele que intermedia a compra e venda das substâncias, facilitando a compra e venda entre o usuário e traficante, pois, ainda que o mesmo não tenha proveito ou utilize a substância, ele expõe à venda a substância, com tais ações, trata-se do canal (facilitador) feito entre o usuário e vendedor de drogas ilícitas.

Para entender melhor do que se trata melhor o tráfico de drogas, é importante entender também o que é a droga e quais os seus efeitos. A lei de drogas (11.343/2006), em seu artigo 1º, § único, estabelece que “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”.

Ainda, pode-se entender que as drogas ilícitas são substâncias psicotrópicas

que fazem dos usuários dependentes quimicamente da substância, alterando seu estado mental, produzindo prazer através de seu uso.

Nesse diapasão, visto que o art. 1, § único da lei de drogas, trata-se de uma norma penal em branco, é necessária a existência de uma norma para complementar a norma em branco, assim, a portaria n. 344/98 da ANVISA complementa a lei no quesito de quais as substâncias a serem vistas como drogas. Portanto, a ANVISA entende que a droga é “substância ou matéria-prima que tenha finalidade medicamentosa ou sanitária”.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) entende que a droga é “toda substância que, introduzida num organismo vivo, pode modificar uma ou várias de suas funções”. Assim, é possível entender que a droga é uma substância psicotrópica que ao ser ingerida, interfere e modifica as funções, humor e comportamento daquele que consome, causando dependência psíquica ou física, podendo afetar tanto o sistema nervoso central e suas ramificações, como a relação de saúde física do indivíduo.

Deste modo, superado o que é a droga e os seus efeitos, o tráfico de drogas para fins penais se trata de uma conduta criminosa que reflete na saúde pública que balança a ordem social. Sendo o tráfico a conduta cometida por um ou mais agentes que ao praticar quaisquer verbos nucleares discriminados no art. 33 da lei de drogas, com a substância entendida como droga e entorpecente pela portaria 344/98 da ANVISA, sem prévia autorização legal para comercialização ou distribuição, comete um fato típico, ilícito e culpável ante a legislação brasileira, passível de pena de reclusão e multa.

Portanto, cabe ao estado utilizar-se de políticas públicas e adotar medidas para reprimir o tráfico ilícito de drogas e entorpecentes, já que se trata de uma questão de ordem pública, dado que, na situação atual do Brasil, adotou-se a ótica da cultura da droga, estigmatizando a população, e o Estado não podendo o se isentar da responsabilidade de combater o tráfico.

2 O COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL

O combate ao tráfico ilícito de drogas trata-se de uma questão importante no cenário de segurança pública no Brasil, dada a complexa extensão e relevância destes eventos. O Brasil, devido à sua posição geográfica e suas dimensões territoriais, tem se tornado uma grande referência para o tráfico internacional de drogas e

entorpecentes. Esse problema estende-se quando passamos a considerar as dificuldades que as agências de segurança pública vêm enfrentando para controlar o tráfico. No cenário atual, trata-se de ausência de políticas públicas eficientes para realizar a promoção de campanhas contra o tráfico demonstrando o malefício da droga e a falta de um sistema legal claro e eficiente para lidar com a atual situação do tráfico de drogas.

A atual legislação que combate o tráfico de drogas no Brasil é a Lei 11.343/2006 - Lei de drogas, instituindo o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD). Essa lei é utilizada como uma maneira de unificar o enfrentamento do tráfico ilícito, instituindo nesse sistema tanto a prevenção quanto a repressão de drogas e entorpecentes. Porém, a aplicação desta ainda se depara com vários desafios.

A lei veio com um propósito importante, aumentando as punições aos traficantes e promovendo campanhas para prevenir o uso das substâncias ilícitas, mas, em outro viés, o fato de criminalizar o usuário, ainda que tal entendimento ainda esteja em construção, permanece sendo uma questão grandiosamente polêmica. O judiciário ao tratar do usuário como infrator e não como paciente auxilia no crescimento do sistema prisional e carcerário, nesta devida, ainda existem muitos críticos que argumentam sobre a existência da crescente marginalização de populações vulneráveis, dentre elas, as mais discriminadas, sendo os negros e pobres a grande massa marginalizada liderando o índice de encarceramento no atual cenário brasileiro.

2.1 O PAPEL DAS AGÊNCIAS DE SEGURANÇA PÚBLICA

É de suma importância das agências de segurança pública, em especial a Polícia Federal no combate ao tráfico de drogas, desempenhando um papel crucial quando se trata de combater o tráfico ilícito de entorpecentes no Brasil. É de competência e responsabilidade da Polícia Federal combater o tráfico internacional e interestadual de drogas, enquanto os departamentos de polícia civil e militar agem no combate local.

As longas fronteiras terrestres do Brasil, que possuem uma grande extensão quilométrica, são de difícil fiscalização, o que facilita a entrada de drogas oriundas de outros países como a Bolívia, Colômbia e o Paraguai. Além disso, a corrupção dentro das agências que possuem a atribuição de combater o tráfico, também representam um grande obstáculo, dificultando operações de combate e facilitando o tráfico, assim,

fortalecendo o crime organizado e as redes criminosas.

Além das operações para a repressão ao tráfico de drogas no Brasil, a Polícia de Segurança Pública (PSP) de Portugal adota o Policiamento Orientado pelas Informações (POI) e o Policiamento Orientado para o Problema (POP) como maneira principal para enfrentar o tráfico de drogas em Lisboa, essa estratégia teria uma grande serventia se utilizado em território brasileiro. Tais modelos adotam a coleta de informações de inteligência e a análise de dados criminais para identificar padrões e antecipar atividades criminosas, assim, realizando o flagrante esperado que no estado brasileiro é lícito.

2.2 LAVAGEM DE DINHEIRO E O FINANCIAMENTO DO CRIME ORGANIZADO

O combate ao tráfico ilícito de drogas está ligado de forma direta à lavagem de dinheiro, já que se trata de um dos crimes que as organizações criminosas comumente tiram a maior parte de seu lucro. O tráfico não consiste apenas na comercialização de drogas e entorpecentes, mas também nas grandes massas de capitais que precisam ser lavadas para descaracterizar sua natureza criminosa e ser reintegrada ao mercado sem a sua natureza criminosa. A lavagem de capitais, por meio de empresas realizando pequenas operações financeiras, alimenta o crime organizado e promove as atividades ilícitas.

A Lei 9.613/98 - Lei de lavagem de capitais, trata sobre os crimes de lavagem de capitais no Brasil, foi atualizada em 2012 pela lei 12.683. Nesta devida, em todas as três gerações da lei de lavagem, o tráfico de drogas sempre se fez presente como um crime antecedentes para que seja possível o êxito deste delito, assim, fortalecendo a jurisdição brasileira no combate ao crime organizado, permitindo com que os departamentos de polícias conseguissem rastrear as movimentações financeiras dos traficantes elaborando suas operações a partir desta base econômica.

2.3 AS PREVENÇÕES E REDUÇÕES DE DANOS

As campanhas educativas são partes essenciais da estratégia quando se trata de combater e prevenir o tráfico de drogas. O Brasil adotou como uma forma de prevenção a publicidade do assunto, através de campanhas públicas e educativas em jornais, escolas e instituições de ensino, apresentado a drogas e os seus reflexos na

vida das pessoas, assim, esse meio de prevenção trata-se de uma das principais ferramentas de prevenção contra o uso de drogas e entorpecentes através da educação e conhecimento sobre o certo e errado, apresentando o malefício desta substância no organismo do usuário.

Entretanto, essas ferramentas de prevenção são limitadas de acordo com os cofres dos recursos públicos, o que ante a ausência de verba, limita o uso de projetos e conscientização para prevenção das drogas. O PROERD - Programa Educacional de Resistência às Drogas e a Violência, trata-se de um projeto de atuação em escolas públicas, que fez parte da vida da maioria dos brasileiros, conscientizando e prevenindo o uso de drogas e entorpecentes desde a juventude das pessoas.

Porém, com a falta de investimento devido os recursos públicos limitados, faz com que tal programa seja insuficiente ante à proporção que o tráfico de drogas e o crime organizado possuem, a ausência de conhecimento sobre o assunto deixa em aberto para que pessoas mal-intencionadas consigam influenciar os jovens a “provarem” da substância, promovendo o tráfico e a dependência química.

Além do que já foi tratado, a redução de danos vem se resignificando no Brasil, ao invés de olhar diretamente na repressão e no encarceramento, a redução de danos vem de modo a prática de ações com o intuito de reduzir os danos causados pela droga ao usuário. Tal medida é adotada por países europeus, como Portugal, e tem tido sucesso no seu combate às drogas, entretanto, o Brasil ainda demonstra ser resistente quanto a tal prática, por conta dos setores conservadores e falta de apoio por parte do governo, pois quando o viciado é tratado de sua dependência, é menos um para consumir da substância, logo, se objetivar em tratar o dependente químico, fazendo com que não seja mais viciado, o mercado desta substância reduz exponencialmente, demonstrando que a força do tráfico não está no traficante, mas sim naquele que consome.

2.4 O CENÁRIO INTERNACIONAL E A COOPERAÇÃO TRANSNACIONAL

O tráfico conforme já foi demonstrado, se trata de um problema que afeta todos os países, não sendo exclusivamente o Brasil a principal vítima, dito isto, é de suma importância que os países combatam o tráfico de forma coordenada entre si. O Brasil, em resposta ao tráfico, participa ativamente de tratados e convenções internacionais, entre elas, está presente a Convenção de Viena de 1988, que trata sobre a cooperação

entre as nações para combater o tráfico transnacional. A ONU - Organização das Nações Unidas juntamente com o UNODC - Escritório sobre Drogas e Crime, desempenham a função de promover a troca de informações e expertises entre os países.

Neste diapasão, o atual cenário brasileiro no combate ao tráfico transnacional, atua de forma direta com os países vizinhos, como ocorre na fiscalização da tríplice fronteira, que se localiza na região de Foz do Iguaçu no Paraná, tal fronteira abrange tanto o Brasil, como a Argentina e o Paraguai, por isso do nome tríplice, já que às 3 fronteiras de três países se cruzam. Esta área é famosa pela intensa atividade das organizações criminosas no contrabando e tráfico de drogas.

3 ANÁLISE DOS CRITÉRIOS LEGAIS DO CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA O CONSUMO PESSOAL E DO CRIME DO TRÁFICO DE DROGAS

Atualmente, a legislação em vigor que aborda as drogas é a Lei nº 11.343/2006, conhecida como a Lei de Drogas. Esta lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, estabelecendo medidas de prevenção contra o uso indevido de drogas e entorpecentes, em atenção a reinserção social dos usuários e dependentes em meio a sociedade e normas a fim de reprimir o tráfico e a produção ilícita de tais substâncias.

Ainda, nesta mesma lei, é disciplinado meios especiais de investigação, apreensão, arrecadação e destinação do indiciado, e também, como forma de inibir o tráfico, há previsão legal de cooperação internacional. Ao tráfico de drogas e entorpecentes, não há previsão de fiança, anistia e indulto, já que o tráfico de drogas se trata de um crime equiparado ao hediondo, e consoante a lei, não é possível a aplicação de tais medidas para responder em liberdade ou se manter na mesma.

A lei de drogas visa manter a saúde pública de maneira a inibir as drogas ilícitas e o tráfico da mesma. A droga apresenta risco para a sociedade por conta de seus reflexos negativos apresentados nas vidas e na saúde das pessoas, tal lei é adotada pelo Brasil com a finalidade de prevenir o crime do tráfico ilícito de drogas, manter a saúde pública e manter no controle do estado essas substâncias que também possuem cunho medicinal no tratamento de doenças.

Nesta devida, cabe destaque na forma como a lei diferencia o usuário do

traficante. Aquele que é flagrado portando droga para uso pessoal não sofre uma pena privativa de liberdade. Já aquele que se enquadra como a figura do traficante, é passível de sanção penal, podendo responder com pena privativa de liberdade e ainda multa.

Ainda, insta salientar que o art. 28 da lei 11.343/06 ainda que não tenha previsão de pena privativa de liberdade ao agente que adquire, guarda, tem em depósito, traz consigo ou transporta droga para consumo pessoal, não é correto afirmar que não se caracteriza como uma conduta criminosa, ou seja, ao usuário, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, é adotado a despenalização, sendo assim, tal prática consiste em crime.

É importante enaltecer o julgado recente RE 635.659 do STF – Tema 506, onde foi discutido a descriminalização do porte de maconha para uso pessoal, discutindo a inconstitucionalidade do dispositivo mencionado, como percebe-se:

Recurso extraordinário com repercussão geral. Porte de drogas para consumo pessoal. Declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, para afastar a repercussão criminal do dispositivo em relação ao porte de cannabis sativa para uso pessoal. Risco de estigmatização do usuário. Deslocamento do enfoque para o campo da saúde pública. Implementação de políticas públicas de prevenção ao uso de drogas e de atenção especializada ao usuário. Manutenção do caráter ilícito do porte de drogas. Possibilidade de apreensão da substância e de aplicação das sanções previstas em lei (incisos I e III do art. 28), mediante procedimento não penal. Instituição de critérios objetivos para distinguir usuários e traficantes. Fixa-se a seguinte tese de repercussão geral: (i) não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III); (ii) as sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/2006 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; (RE 635659, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 26-06-2024, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 26-09-2024 PUBLIC 27-09-2024)

Neste sentido, o mesmo julgado trata sobre a quantidade para se presumir como usuário, foi entendido o que segue.

(iv) nos termos do §2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito; (v) a presunção do

item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; (RE 635659, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 26-06-2024, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 26-09-2024 PUBLIC 27-09-2024).

Ante o julgado apresentado, nota-se que foi dado parcial provimento, entendendo pela “descriminalização”, fazendo assim, o agente em que ao praticar quaisquer dos verbos nucleares presentes no art. 28 da lei drogas, na quantidade máxima de até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, sendo punido com medidas administrativas, pois é presumidamente usuário.

No entanto, o presente julgado traz uma presunção relativa, para que toda pessoa ao portar para uso pessoal até 40 gramas de cannabis, será visto como usuário. Trata-se de um critério para nortear o entendimento dos julgadores, para que possam fazer a devida diferenciação do usuário e do traficante. Assim, nem toda pessoa que se diz portar para consumo próprio tal quantidade, será conhecida como usuário, pois, o legislador pode analisar os critérios subjetivos.

Em uma situação que o agente possui dinheiro em mãos, mora em bairro periférico, é negro, ou até mesmo um morador de rua com suas esmolas, se houverem requisitos “suficientes” que levem o legislador a ver o agente como traficante, ainda que seja usuário, o indivíduo poderá ser posto a julgamento e condenado pelo artigo 33 da lei 11.343/06, visto como traficante, de forma equivocada.

3.1 ANÁLISE DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA LEI DE DROGAS

Cumprir destacar que para a diferenciação do usuário para o traficante, a lei de drogas carrega consigo critérios objetivos (expresso em lei) e subjetivos (entendimento pessoal) para fazer a devida diferenciação entre os agentes.

O artigo 28, §2º da lei de drogas, estabelece quais são os critérios adotados para caracterizar o usuário, perceba.

§2º - Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às

condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. (Brasil, 2006)

Portanto, faz-se essencial entender na sua individualidade estes critérios. Natureza e quantidade da droga: refere-se ao tipo de substância e a quantidade, que somados auferem a destinação, sendo um parâmetro indicativo se é para consumo pessoal ou para a comercialização; Local e condições em que se desenvolveu a ação: se considera o contexto fático da apreensão. Onde ocorreu, se em local que comumente é usado para tráfico (boca de fumo) ou se é local que indica o uso da substância (residência, veículo). Considera também, o horário, comportamento do agente, se o agente possui instrumento (balança, malote de dinheiro, pinos de drogas) e circunstância da abordagem; Circunstância sociais e pessoas do agente: ocorre a avaliação do perfil socioeconômico do indiciado, se possui fonte de renda, vínculos familiares, a condição da moradia e hábitos, sendo este critério um indicativo para tentar auferir a finalidade da substância (uso próprio ou comercialização); Conduta e antecedentes: considera-se o comportamento no momento do flagrante (se houve tentativa de se esvaír da cena, ocultação de instrumento) e os antecedentes criminais.

Tendo evidenciado estes critérios, o julgador fará a análise conjunta deles, a fim de decidir com maior precisão qual a destinação da droga, e se o agente se caracteriza como traficante ou usuário. No entanto, não obstante a presença de muitos critérios, tais critérios ainda não possuem clareza para determinarem a finalidade da substância e o dolo do agente. Vejamos estes critérios de forma mais clara.

Natureza e quantidade da droga: este critério está relacionado diretamente ao tipo de droga, leve (maconha, v.g.) ou pesada (cocaína, heroína e etc). Mas o questionamento não pode deixar passar, o que caracteriza tais substâncias como leves ou pesadas? Será pela sua composição ou pela quantidade que cada indivíduo consegue ingerir? Tais questionamentos são respondidos em juízo, pelos critérios pessoais de cada julgador. E da mesma maneira em razão da quantidade, grande quantidade (seria traficante) e pequena (usuário), portanto, faz-se notório a falha deste critério, razão pela qual esse critério seria apenas um “indício” do agente ser usuário ou traficante. Fazendo assim, ser um ponto a ser definido pelos valores pessoais daquele que integra o processo como julgador imparcial;

Local: o local, ainda que não seja absoluto, parte da doutrina entende como um indicício forte que indicaria se o agente seria traficante ou usuário. Mas vejamos, o fato

de uma pessoa usar terno em uma visita ao Senado, indica que o mesmo seria um senador? Logicamente não! Pois se seguirmos este raciocínio, a pessoa errada, passando pelo LUGAR errado, configura o crime de tráfico. Seria essa a resposta da doutrina brasileira? Desta forma, não se pode partir do pressuposto de que um usuário em uma boca de fumo, que logicamente há sim o tráfico, poderia figurar em uma ação penal como um suposto traficante, por essa razão, ainda que some o critério da natureza, quantidade e local, sendo esses indícios, não seriam suficientes para enquadrar o agente no art. 28 ou 33 da lei de drogas, pela falta de clareza por parte da doutrina;

Condições em que se desenvolvem a ação: essas condições são de suma importância para fazer uma distinção mais próxima do real possível, isso pois, trata-se de testemunha, balança, instrumento para embalar droga e entre outros. Sendo assim, esses critérios fazem-se objetivo o suficiente para carregar consigo uma maior segurança jurídica para o indiciado;

Circunstâncias sociais e pessoais: no tocante a este critério, é notório sua imprecisão, pois, a condição pessoal (financeira, familiar, trabalho), não são suficientes para qualificar um agente como sendo usuário ou traficante, isso ocorre em função de que, não é porque uma pessoa anda com dois pinos de crack e o nome do mesmo está sujo que ele está necessariamente traficando, razão está que ser endividado nos dias atuais, acaba por ser tornar “normal”.

Conduta: quando tratamos da conduta do agente, temos uma ausência de clareza neste critério, pois, utilizar meramente de “há indícios de ser traficante a pessoa que atende várias pessoas” é meramente especulação por parte da doutrina, visto que a conduta de atender várias pessoas, neste caso é genérica, pois, um comerciante atende várias pessoas, e o fato de ser usuário e ter um cigarro de maconha no bolso não o associaria de praxe como um traficante.

Antecedentes: este critério, ainda que parte da doutrina entenda como “é óbvio que vai voltar a cometer um crime”, ataca diretamente a presunção de inocência, pois, o fato do agente ser reincidente em qualquer crime não significa necessariamente que voltaria a delinquir. Isto posto, os antecedentes são usados para majoração da pena em fase de dosimetria, e não para afirmar com clareza que seria elemento para entender que se trata de um usuário ou traficante. Se utilizarmos uma visão mais irônica, com a versão de um vídeo de humor viral na internet, ficaria: “meritíssimo, idai que meu cliente cometeu 5 crimes, eu posso citar outros 50 que não cometeu, se for

seguir essa lógica!". Portanto, este critério, ainda que somado aos outros, torna-se vago e sem sentido.

Assim, ainda que presente os critérios objetivos, é perceptível que ainda há omissão do legislador ao se referir à quantidade, às condições, às circunstâncias sociais/pessoais, à conduta e os antecedentes. Neste diapasão, passa-se a ser necessário que o julgador caracterize os agentes por seu livre convencimento motivado, onde ao analisar determinado caso fático, deve considerar elementos que não estão previstos em lei, partindo do pressuposto da subjetividade para condenar ou absolver o indivíduo.

Com isso, ante a insuficiência demonstrada, o Bottini C. Pierpaolo e Ferreira W. Thiago, entendem que "A ausência de critérios objetivos para definir o que é uso e o que é tráfico leva ao uso de elementos subjetivos, carregados de preconceitos, como a cor da pessoa, local de moradia, vestimenta e outros distintivos sociais de classe e raça."

Para reforçar a ideia da carência em relação aos critérios adotados, o Habeas Corpus nº 240099/SP, julgado em 19 de abril de 2024, onde desclassificou a conduta de tráfico de drogas para porte de drogas para consumo próprio. No tocante, este HC demonstra a insegurança jurídica ao fazer a distinção dos tipos penais.

Por conseguintes, neste mesmo HC, o Ministro Alexandre de Moraes salientou que "Como se sabe, a Lei 11.343/2006 não fixou uma quantidade de substância entorpecente como referencial para diferenciar o tráfico de drogas do uso de substância entorpecente, até porque nada impede que um portador de pequena quantidade seja um traficante."

Dito isto, o STF ao julgar o tema 506, estabeleceu um critério objetivo quanto a quantidade máxima de cannabis para que em primeiro contato, presuma-se que o agente é usuário, mas também, leva em consideração que os critérios remanescentes são subjetivos, permanecendo pela motivação do julgador determinar. Isto pois, não é possível afirmar com certeza que tal critério de quantidade é absoluto para entender que o agente é meramente usuário. Pois, conforme o voto proferido pelo próprio Ministro Alexandre de Moraes, no HC supramencionado, salienta que "nada impede que um portador de pequena quantidade seja um traficante". Assim, da mesma maneira que se um agente estiver em posse de pequena ou ínfima quantidade de drogas ou entorpecentes, não é evidente o entendimento de ser um usuário. Da mesma forma, aquele que estiver em posse de grande quantidade de tais substâncias,

não há que se considerar de praxe traficante. Razão pela qual o Ministro abriu margem para compreender que um portador de grande quantidade seja apenas um usuário.

Trazendo à baila o art. 5º, inciso XXXIX da CF/88, é expresso que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, para o Direito Penal, não é necessário que haja apenas uma norma que descreva uma conduta criminosa, mas sim, requer clareza e que seja exposto com todos os detalhes de forma minuciosa, não utilizando da generalidade de uma norma ou lei, para que não seja requisitado enormes esforços interpretativos por parte dos julgadores e operadores do direito. Portanto, a ausência de clareza deixa a critério da discricionariedade do magistrado, utilizando de mecanismos pessoais, ante a insuficiência de requisitos e clareza pelo legislador.

Assim, é entendimento de Luiz F. Gomes, a existência de dois mecanismos para fazer a caracterização do usuário para o traficante, como demonstra abaixo.

Há dois sistemas legais para se decidir sobre se o agente (que está envolvido com a posse ou porte de droga) é usuário ou traficante: (a) sistema de quantificação legal (fixa-se, nesse caso, um quantum diário para consumo pessoal; até esse limite legal não há que se falar em tráfico); (b) sistema de reconhecimento judicial ou policial (cabe ao juiz ou a autoridade policial analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico). A última palavra é judicial, de qualquer modo, é certo que a autoridade policial (quando o fato chega ao seu conhecimento) deve fazer a distinção entre o usuário e traficante.

Portanto, os tipos penais da lei 11.343/06 demonstra que há grandes esforços interpretativos para poder fazer a devida distinção entre os tipos penais. Desta forma, há ausência de uniformidade de julgados, pois, cada julgador fica livre, ante a ausência de objetividade e clareza, entendendo e valorando cada caso fático de sua maneira. Ainda, demonstra uma violação ao princípio da legalidade, acarretando na insegurança jurídica, pois, ainda que o agente seja um mero usuário de drogas, a entendimento do magistrado, o mesmo pode incorrer em tráfico de drogas por conta de sua cor, local, circunstâncias sociais e pessoais, sendo por vezes julgamentos e condenações equivocadas e errôneas, embasadas no preconceito. Desta forma, não há o que afirmar que os presentes e atuais requisitos que compõem a lei de drogas são suficientes para que haja uma condenação justa e precisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o estudo realizado, é possível afirmar, com base na análise do tema, que a lei de drogas 11.343/2006, não enaltece critérios suficientes para fazer a devida distinção do usuário do traficante, carecendo de clareza e suficiência de critérios objetivos e subjetivos. Os critérios objetivos que envolvem os julgamentos destes tipos penais, baseiam-se em circunstâncias sociais e pessoais do acusado, levando consigo o risco de decisões desarmônicas e injustas, que por vezes demonstraram serem fundadas em preconceito e desigualdade social.

A carência de parâmetros quantitativos fixos e pressupostos subjetivos para determinar quando se trata de usuário ou traficante conforme evidenciado pela jurisprudência, demonstra que a lei de drogas não proporciona parâmetros suficientes para que os julgadores possam sentenciar de forma uniforme, não havendo a devida orientação da lei ao tema tratado. Tal lacuna deixada pela legislação contribui para o crescente número de encarcerados e a geração de um sistema prisional desigual.

Por conseguinte, é notório a necessidade de reforma da lei de drogas, em especial seus artigos 28 e 33, onde tratam do usuário e traficante, estabelecendo critérios objetivos, como a RE 635.659, onde foi estabelecido critérios quanto a quantidade máxima de maconha para que o agente seja considerado em um primeiro contato como usuário. Tal reforma diminuiria a discricionariedade judicial, que é uma prerrogativa do julgador ante a ausência de requisitos e pacificaria as decisões, reduzindo impactos discriminatórios e consequentemente reduzindo o encarceramento no Brasil.

Portanto, é imprescindível que para alcançar um resultado eficaz no combate ao consumo e tráfico de drogas é necessária uma reforma para que aperfeiçoe a lei de drogas 11.343/2006, aderindo critérios aclarados e objetivados, reduzindo a limitação quanto à subjetividade dos julgadores.

E ainda, com a intensificação do crime organizado e às limitações de recursos públicos, o Brasil não consegue conter o tráfico ilícito de drogas, assim, precisa adotar também medidas diversas, repensando em outras maneiras para se combater o tráfico.

No atual cenário, há especialistas que adotam a tese da descriminalização ou ainda, a legalização das substâncias determinadas ilícitas, como foi o entendimento do STF da presunção de usuário para responder pelo art. 28 da lei de drogas e descriminalizando o agente que estiver em posse de até 40 gramas de cannabis para consumo próprio, acreditam que tal medida seja capaz de reprimir a violência associada ao tráfico. Com a adoção de tal entendimento, os recursos públicos vão se

voltar a combater o tráfico de substâncias mais pesadas, como a heroína e a cocaína.

Ainda que tal medida contribua na mudança de paradigma, trazendo diversos benefícios como a redução no número de encarcerados de forma desnecessária ante a quantidade irrisória de maconha, o que acaba promovendo uma visão mais humanizada ao usuário. Se trata de uma solução de certa maneira difícil de ser adotada no Brasil, onde o proibicionismo ainda é uma matéria muito defendida, tal medida adotada pelo STF, trata-se de uma forma do usuário usar a substância de forma deliberada, onde impulsiona o uso da substância e ainda facilita o tráfico da mesma.

O regime que melhor seria adotado no Brasil, além de estabelecer critérios claros para reduzir o julgamento desarmônico, seria o apoio aos usuários, utilizando como parâmetro a Europa, que ainda pela vasta extensão territorial, utiliza de políticas públicas de maneira a tratar o vício do usuário. Além da promoção da conscientização da droga na vida das pessoas. Investir no conhecimento e na educação, significa conscientizar a população como distinguir o certo do errado da maneira correta. Assim, ainda que a supressão do crime não fosse completa, em um cenário em que tirasse de campo o usuário de drogas, que é o principal consumidor da substância, a comercialização reduziria. Pois, quando não há consumidor, o mercado fica cada vez mais escasso, reduzindo assim, o tráfico, juntamente com o crime organizado.

REFERÊNCIAS

LEMGRUBER, Julita (coord.) A PROIBIÇÃO das drogas não funciona. In: **A proibição das drogas não funciona**. [S. l.], 21 mar. 2021. Disponível em: <https://cesecseguranca.com.br/projeto/drogas-o-custo-da-proibicao-primeira-fase-seguranca-e-justica/>. Acessado em: 01 out. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 01 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus nº 240.099, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, Brasília, DF, 19 de março de 2024. Disponível em: <https://sintesecriminal.com/wp-content/uploads/2024/04/Alexandre-Desclassificacao-para-o-28.pdf>. Acessado em: 01 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635.659-Sp, Tribunal pleno do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, 11 de abril de 2024.

Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/precedentes-qualificados-na-visao-do-tjdft/direito-penal/porte-de-droga-para-consumo-pessoal/tema-506-do-stf-tipicidade-do-porte-de-droga-para-consumo-pessoal>. Acessado em: 01 out. 2024.

BRASIL. Lei nº 11.343 de 23 agosto de 2006. **Lei de Drogas**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acessado em: 01 out. 2024.

CAMPUS, Vanessa Correia. **O usuário e o traficante na Lei 11.343/2006: uma análise sobre os critérios distintivos**. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/26110/1/Vanessa%20Correia%20Campos.pdf>. Acessado em: 01 out. 2024.

CARNEIRO, Henrique. As Drogas: Objeto da Nova História. **Revista USP- Dossiê da Nova História, nº23**. 1994. (link: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26998/28773>). Acessado em: 01 out. 2024.

CASTILHO, Auriluce Pereira; HENKES, Siviana; **O combate ao uso e ao tráfico de drogas: uma análise da (in)efetividade das leis e políticas públicas brasileiras**. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c2c1fc225872c8f4>. Acessado em: 01 out. 2024.

DINIZ, Gustavo Octaviano; ARANDA, Paulo Henrique Fuller. **Legislação penal especial**, volume 1. - 6. ed. - São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LAVORENTTI, Nilson; SILVA, José da. **Crime Organizado na Atualidade**. Campinas: Bookseller, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A droga da lei de drogas**. In: Consultor Jurídico. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-04/nucci-nao-nada-comemorar-10-anos-lei-drogas/>. Acessado em: 01 out. 2024.

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**. Orientador: Walkiria de Oliveira Castanheira. 2020. 39 p. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) - Centro Universitário De Lavras, Lavras/MG, 2020. Disponível em: <https://dspace.unilavras.edu.br/server/api/core/bitstreams/7e537534-0551-445b-8b45-dd7eefc7bc04/content>. Acessado em: 01 out. 2024.

PORTELLA, Tiago Toledo. **Os critérios de distinção entre usuários e traficantes de drogas no âmbito do tribunal de justiça do estado do Rio Grande do Sul**. 2018. 88 p. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) - Universidade de Caxias do Sul, Canela, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/4907/TCC%20Tiago%20Toledo>

o%20Portella.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acessado em: 01 out. 2024.

SÁ, Lize da Conceição Maciel de. **Análise dos critérios de distinção entre usuário e traficante nas decisões judiciais no contexto brasileiro**, [S. l.], p. 1-75, 23 nov. 2021. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/140225/2/537348.pdf>. Acessado em: 01 out. 2024.