

ESTUDO SOBRE AS OBSCURIDADES PRESENTES NOS CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE DE DROGAS A LUZ DA LEI 11.343/06

Raphael Prado Meira Costa¹
Heitor Felipe Ramineli Marcelino²

RESUMO: A presente pesquisa tem como objeto principal de estudo a distinção entre traficante de drogas e mero usuário para a lei 11.343/06, evidenciando a imprecisão dos verbos que configuram o art. 28 e 33 da lei em discussão. A análise encontra amparo em pesquisa bibliográfica e documental, aplicando como parâmetro método analítico e descritivo. De início, é demonstrado um retrospecto histórico da legislação referente a drogas ilícitas, no Brasil e no âmbito internacional, seguindo com estudo sobre as distinções atribuídas entre usuário e traficante no Brasil pela lei específica 11.343/06. Posteriormente, será abordado o retrospecto jurisprudencial pátrio, revelando as controvérsias presentes nas decisões, causadas pela obscuridade da lei em debate. Frisa-se, que os principais autores utilizados para a construção desta: Julio Demanto e Luiz Carlos Oliveira.

Palavras Chave: Tráfico. 11.343/06. Usuário. Drogas.

1 INTRODUÇÃO

A presente investigação terá como objeto principal a insuficiência de critérios diferenciadores, atribuídos à lei 11.343/06, capazes de distinguir, no caso concreto, um usuário de drogas e um traficante. Neste sentido, será apresentado um comparativo de legislação antidrogas, pátria e internacionais. Frise-se que para um maior alcance investigativo, a consulta doutrinária foi a ferramenta de estudo mais utilizado na presente pesquisa, seguido de artigos científicos norteadores da temática em tela.

Primeiramente será demonstrado um trajeto histórico das drogas psicotrópicas até os dias atuais, bem como será percorrido a evolução da legislação antidrogas. De pronto, é possível afirmar que o objetivo da sessão em debate é uma breve contextualização do cenário das drogas, alcançando todas as substâncias consideradas como tal, quais sejam o álcool, cigarro, maconha, entre outros.

¹Discente do 5º ano do curso de Direito do Toledo Prudente Centro Universitário de Presidente Prudente. E-mail: raphael_prado94@hotmail.com

²Discente do 3º ano do curso de Direito do Toledo Prudente Centro Universitário de Presidente Prudente. E-mail: hraminelli@gmail.com

Seguindo o desenvolvimento da pesquisa, um estudo sobre o início da legislação referente a drogas psicotrópicas, alcançando desde a lei que a considerou como ilícita pela primeira vez, como também as políticas de combate apresentadas no âmbito pátrio e internacional. Contudo, insta mencionar que a atual legislação antidrogas vigente no Brasil é rígida, com duras sanções, porém confusa em sua interpretação, o que também será percorrido na presente pesquisa.

Ainda no âmbito conceitual, uma diferenciação entre as nomenclaturas de “usuário” e “traficante” será apresentada, individualizando os dois institutos aos olhos da lei vigente, da legislação superada e da sociedade.

Seguindo adiante, já com um objeto mais específico, a presente pesquisa apontará as obscuridades presentes nos critérios de diferenciação capazes de distinguir, no caso concreto, um agente usuário e um traficante. De modo a elucidar ainda mais a investigação, será feita uma crítica a lei 11.343/06, demonstrando suas falhas em apresentando um comparativo com o direito internacional.

Neste sentido, em sequência, será abordado o objeto principal da presente investigação, de modo a percorrer os pontos confusos presentes entre os artigos 28 e 33 da lei 11.343/06, analisando os núcleos de cada tipo, gravidade de punição, peculiaridades e aplicabilidade. Em paralelo, será vislumbrado a consequência gerada pelos referidos pontos confusos, percebidas pela prática policial e na sociedade.

Finalmente, um demonstrativo jurisprudencial sobre a temática será apresentado, corroborando com a tese de insuficiência de critérios diferenciadores capazes de distinguir usuário ou traficante, certo que a jurisprudência se apresenta dividida em vários posicionamentos.

2 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO DA REPRESSÃO AOS ENTORPECENTES

Perde-se no tempo a tradição ao consumo de entorpecentes. À procura de nutrição física, cura de enfermidades ou, até mesmo, abstração do mundo que o cerca e o perturba, o ser humano buscou e experimentou os mais diversos tipos de substâncias psicoativas.

Desde os tempos imperiais podemos comprovar a incidência das drogas sobre a população, servindo para consumo próprio e muitas vezes utilizadas como moeda de troca. Seu consumo era desregrado e aleatório, ou seja, o indivíduo a utilizava sem qualquer conhecimento, usando a qualquer momento e qualquer circunstância, o que gerava consequências para o organismo deste.

Oportuno o ressaltado de que, drogas não se restringem somente àquelas elencadas no rol de substâncias entorpecentes classificadas como ilícitas da ANVISA, englobando, também, o tabaco e o álcool, entre outras. Importa destacar, ainda, que em algumas civilizações, o cultivo, preparo e uso de determinados entorpecentes são tidos como matéria religiosa, envolvendo fé, crenças e ritos acerca do consumo.

Com o passar dos séculos, o avanço da ciência e da tecnologia permitiu um estudo mais aprofundado em torno de substâncias psicotrópicas e seus efeitos no corpo humano. Em decorrência dos estudos aprofundados relacionados as referidas substâncias, foram enumeradas consequências geradas pelo consumo excessivo destas, proporcionando problemas físicos e psicológicos nos usuários. Em resultado a essas descobertas, foi-se criando um sentimento de coibição as drogas por parte da sociedade. Neste momento, então, iniciava, teoricamente, o combate as drogas.

2.1 Conceito de Droga

À priori, faz-se necessário o esclarecimento de o que se entende pelo termo “droga”, para que, assim, possamos discorrer de forma aclarada, sobre os pilares norteadores da legislação de coibição aos narcóticos. Cuidou a Lei 11.343/06 de trazer o conceito jurídico da terminologia, elencando-o no parágrafo único de seu primeiro artigo:

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.

Livre de complexidades, o parágrafo único do dispositivo supracitado nos apresenta, se assim é possível dizer, “norma infraconstitucional de eficácia contida”, vez que remete ao legislador a relação de substâncias ou produtos capazes de causar dependência. Contudo, tal restrição de aplicabilidade não foi capaz de

apresentar obstáculos ao operador do direito, haja vista a existência de uma regulamentação, qual seja o Anexo I (Listas de Substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e Outras sob Controle Especial) da Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998, publicada pela Secretaria de Vigilância em Saúde, do Ministério da Saúde.

Diante disso, podemos concluir de maneira lucida, que a lei conceitua o termo “droga” como substância ou qualquer outro produto capaz de causar dependência. Contudo, atribui ao legislador ou órgãos do executivo o dever de definir qual é o rol de substâncias consideradas como drogas.

2.2 Prelúdios da Criminalização

A primeira medida de nível internacional tomada a fim de interceptar a produção, o comércio e o consumo de substâncias psicoativas foi a chamada Convenção Internacional do Ópio, assinada em 23 de janeiro de 1912. Os representantes de 12 países se reuniram na cidade de Haia, nos Países Baixos (Holanda), para instituir o que pode ser vista como pedra fundamental do controle internacional de drogas. Os países a tornarem-se adeptos à Convenção foram Alemanha, Estados Unidos, China, França, Reino Unido, Itália, Japão, Países Baixos, Pérsia, Portugal, Rússia e Sião (atual Tailândia). O tratado recomendava aos Estados signatários que examinassem a possibilidade de criminalização da posse de ópio, morfina, cocaína e seus derivados.

No ano de 1919, a Convenção de Haia fora incorporada ao Tratado de Versalhes, um acordo internacional de paz firmado entre potências europeias após a vitória da Tríplice Entente (Reino Unido, França e Império Russo) sobre a Tríplice Aliança (Alemanha, Império Austro-Húngaro e Itália), na Primeira Guerra Mundial. O Tratado, assinado em Paris, também instituiu a organização mundial chamada “Liga das Nações”, composta por 32 países, a qual também adotou a Convenção Internacional do Ópio, dando-a um caráter, de fato, global.

Dentre as diversas convenções subsequentes à de 1912, destaca-se a Convenção Única, de 1961, que trouxe uma obrigação criminalizadora aos atuais 185 países em acordo para uma série de condutas ligadas à distribuição de entorpecentes.

Nos Estados Unidos, o primeiro aparato legal federal que dispunha sobre a matéria narcótica surgiu em 1914, com o *Harrison Act*, lei que regulamentava a produção, importação e distribuição de produtos derivados do ópio e da folha de coca. Referida legislação criava impostos exorbitantes para a disseminação destas substâncias para fins não medicinais ou científicos. Neste sentido, o indivíduo flagrado com cocaína de maneira irregular, por exemplo, era processado não pela posse, mas pelo crime de sonegação fiscal.

No que diz respeito à planta da maconha, os Estados Unidos somente introduziram um controle federal em 1937, com o *Marihuana Tax Act*. Anteriormente a isso, todavia, 27 de seus estados possuíam lei própria que restringia sua distribuição.

2.3 A Penalização Brasileira

Em território nacional, a primeira legislação que puniu o consumo e o comércio de substâncias tóxicas vinha contemplada nas Ordenações Filipinas, vigentes no Brasil de 1603 a 1830. O Livro V, Título LXXXIX, assim disciplinava:

Que ninguém tenha em sua casa rosalgar, nem o venda nem outro material venenoso.

Nenhuma pessoa tenha em sua casa para vender ressalgar branco, nem vermelho, nem amarelo, nem solimao, nem água dele, nem escamonéa, nem ópio, salvo se for Boticario examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio. E qualquer outra pessoa que tiver em sua casa algumas das ditas cousas para vender, perca toda sua fazenda, a metade para nossa Camera, e a outra para quem o acusar, e seja degredado para África até nossa mercê. E a mesma pena terá quem as ditas coisas trouxer de fora, e as vender a pessoas, que não forem Boticários.

1. E os Boticários as não vendam, nem despendam, se não com Officiais, que por razão de seus Officios as hão mister, sendo porem Officiais conhecidos per eles, e ates, de que se presuma que as não darão a outras pessoas, E os ditos Officiais as não darão, nem a venderão a outrem, porque dando-as, e seguindo-se disso algum dano, haverão a pena que de Direito seja, segundo o dano for.

2. E os Boticários poderão metrar em suas mezinhas os ditos materiais, segundo pelos Médicos, Cirurgiões, e Escritores for mandada. E fazendo o contrario, ou vendendo-os a outras pessoas, que não forem Officiais conhecidos, pela primeira vez paguem cinquenta cruzados, metade para quem acusar, e descobrir. E pela segunda haverá mais qualquer pena, que houvermos por bem.

Apesar da gramática colonial, facilmente compreende-se a dura pena imposta a quem tomasse conduta adversa à regrada pelo texto legal: A perda de suas terras e a deportação para a África.

Já o Código Penal Brasileiro do Império, de 1830, nada previa sobre a proibição ao consumo ou comércio de drogas. Deste período até o ano de 1890, apenas eram encontradas esparsas posturas municipais, como, por exemplo, a adotada pela Câmara do Rio de Janeiro em 4 de outubro de 1830, penalizando a comercialização e o uso do “pito de pango”, denominação utilizada para a maconha, na época. Naqueles termos, o alienante era multado em 20.000 (vinte mil) réis, ao passo que o consumidor cumpria prisão de três dias.

A criminalização à nível nacional somente voltou a vigorar em 1890, com a promulgação do novo Código Penal (Decreto Nº 847, de 1890). O artigo 159 da compilação normativa, localizado no Título III, Capítulo III, assim expressava:

Art. 159. Expor á venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários:
Pena - de multa de 200\$ a 500\$.

Sem fazer menção à prática do consumo, a pena de multa visava inibir boticários de comercializarem determinadas substâncias.

O quadro começara a mudar com a propagação das convenções internacionais. O Decreto 2.861, de 8 de julho de 1914, introduziu a Resolução do Congresso Nacional que aprovou a adesão brasileira à Convenção Internacional do Ópio, in verbis:

O Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brasil: Faço saber que o Congresso Nacional decretou e eu sanciono a Resolução seguinte:
Artigo único. Ficam aprovadas para produzirem todos os seus efeitos no território nacional às medidas tendentes a impedir os abusos crescentes do opio, da morfina e seus derivados, bem como da cocaína, constantes das resoluções aprovadas pela Conferencia Internacional do Opio realizada em um de Dezembro de 1911 em Haja, e cujo protocolo foi assignado pelo representante do Brasil na mesma Conferencia; revogadas as disposições em contrario.
Rio de Janeiro, oito de Julho de 1914, 93º da Independência e 26º da Republica.
HERMES R. DA FONSECA.
Lauro Müller.

Em 1921, sucedeu-se o Decreto 4.294, que revogava o art. 159 do Código Penal de 1890 e estabelecia penalidades para comerciantes irregulares de

cocaína, ópio, morfina e seus derivados, e determinava a criação de estabelecimentos para a internação de toxicômanos.

A partir daí, a política de controle de entorpecentes no Brasil começou a tomar um rumo caracterizado pelo tratamento do dependente como doente ao invés de uma figura passível de responsabilidade criminal. No entanto, este era alvo de multas e internações compulsórias respaldadas em decisões judiciais legalmente amparadas. Como exemplo, analisemos o que determinavam o segundo e o terceiro artigos do referido Decreto:

Art. 2º Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez que cause escândalo, desordem ou ponha em risco a segurança própria ou alheia:
Pena: multa de 20\$ a 200\$. O dobro em cada reincidência.
Art. 3º Embriagar-se por habito, de tal modo que por atos inequívocos se torne nocivo ou perigoso a Si próprio, a outrem, ou á ordem publica:
Pena: internação por três meses a um ano em estabelecimento correccional adequado.

Com o fim da Primeira Guerra Mundial e a criação da Liga das Nações, sobrevieram diversos tratados que versavam sobre a obstaculização do acesso às substâncias psicotrópicas, todos subscritos pelo Brasil.

Um pouco mais adiante, em 1932, o Decreto 20.930 começou a integrar o ordenamento jurídico do país, aprovando a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Nela explicitava-se, no artigo inicial, a lista de substâncias psicoativas sujeitas à regulamentação ali manifestada. O dispositivo legal também começou a acumular núcleos na tipificação do tráfico, além de criminalizar a posse ilícita; efeitos penais e extrapenais severos foram trazidos, tais como: inafiançabilidade do tráfico; perda do cargo se funcionário público; exclusão e trancamento da matrícula para os estudantes; proibição da concessão do sursis e do livramento condicional; reincidência era causa de duplicação da pena aplicada, etc.

Então, tivemos o Decreto-Lei 891/38, revogando o Decreto 20.930 e prevendo maior radicalismo na internação obrigatória, podendo ser, a partir dali, por tempo indeterminado:

Art. 29. Os toxicômanos ou os intoxicados habituais, por entorpecentes, por inebriantes em geral ou bebidas alcoólicas, são passíveis de internação obrigatória ou facultativa por tempo determinado ou não.

Finalmente, adveio o Código Penal de 1940, sendo integrado pelos dispositivos criminalizadores até então existentes. Inserido no rol de crimes contra a

saúde pública, o artigo 281 versava sobre o comércio, posse ou uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica:

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.

§ 1º Se o agente é farmacêutico, médico ou dentista:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, de três a doze contos de réis.

§ 2º Incorre em detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, o médico ou dentista que prescreve substância entorpecente fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior do que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar.

§ 3º As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que:

I - Instiga ou induz alguém a usar entorpecente;

II - utilizar local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ou guarda ilegal de entorpecente;

III - contribue de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente.

§ 4º As penas aumentam-se de um terço, se a substância entorpecente é vendida, aplicada, fornecida ou prescrita a menor de dezoito anos.

Com o advento do regime militar, em 1964, o Brasil promulga a Convenção Única de 1961, inserindo-a na legislação nacional através do Decreto 54.216/64. No mesmo ano, o art. 281 do Código Penal tem sua redação alterada pela Lei 4.451/64, que apenas acresceu o termo “plantar” ao *caput* do artigo.

Oportuno ressaltar que a década de 60 foi marcada por movimentos de contracultura e de protestos políticos. A ideologia libertária e anarquista, em ascensão naquele momento, deu ensejo ao acolhimento do uso de drogas como sinônimo de manifestação ao conservadorismo. Conseqüentemente, o consumo de substâncias como a maconha e o LSD se alastraram de maneira estrondosa, atingindo, também, jovens de classe média e alta. Esta foi a oportunidade para a intensificação do regime de repressão aos psicotrópicos.

Em 1968, o Decreto-Lei 385 fez uma nova alteração no art. 281 do Código Penal, trazendo dois novos núcleos ao *caput* (“preparar” e “produzir”), retirando o núcleo “plantar” e editando um novo parágrafo além dos já constantes:

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente:

I - importa ou exporta, vende ou expõe à venda, fornece, ainda que a título gratuito, transporta, traz consigo ou tem em depósito ou sob sua guarda matérias-primas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substância que determinem dependência física ou psíquica;

II - faz ou mantém o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica.

III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. (Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica.) (Grifo nosso)

Conforme destacado na disposição legal em tela, a modificação tratou de criminalizar o consumo de substâncias psicoativas, equiparando a pena do usuário à do traficante.

Três anos mais tarde, em 1971, entrava em vigor a Lei 5.276/71 que, apesar de específica sobre a matéria de prevenção e repressão ao narcotráfico, mantinha as tipificações expressas no art. 281 do Código Penal, aumentando, inclusive, a pena base para 01 a 06 anos de reclusão. Em contrapartida, apresentava certa amortização no tratamento legal que o usuário ficaria submetido caso incorresse nas condutas elencadas no art. 281 do CP, como assim é possível verificar no Capítulo II, “Da recuperação dos Infratores Viciados”.

Em 1976, iniciava-se a vigência de uma nova lei sobre o assunto. Instaurando no Brasil um modelo inédito de controle de entorpecentes, a Lei 6.368/76 revogou a anterior, de 1971, e, com ela, o art. 281 do Código Penal. As condutas tipificadas, no entanto, não diferiram, havendo apenas um aumento de pena. A inimputabilidade concedida aos “infratores viciados” também foi mantida.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o crime de tráfico de drogas foi equiparado aos de caráter hediondo pelo art. 5º, XLIII da Magna Carta, que expressou a inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia para a conduta. Ainda no rol de direitos fundamentais, o inciso LI veio a possibilitar a extradição de brasileiro envolvido em tráfico ilícito de entorpecentes.

A última mudança legislativa ocorreu em 23 de agosto de 2006, com a edição da Lei 11.343, que instituiu o chamado Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD). A Lei reforça o ponto de vista indicado por suas imediatas predecessoras no que tange à dependência química, submetendo o usuário à um regime diverso do que está sujeito o traficante, descriminalizando o consumo e ofertando penas mais graves para condutas identificadas como tráfico de drogas.

Contudo, o sistema mostrou-se impreciso no que concerne à aplicação das cabíveis sanções para cada um dos envolvidos. Com a carência de critérios

objetivos necessários para a configuração de uso ou tráfico, tal distinção fica à mercê do aplicador da Lei, que deve ponderar todos os elementos da situação fática para concluir qual o regime à ser aplicado ao agente.

3 DO USUÁRIO E DO TRAFICANTE

Estabelecer e especificar quem são os sujeitos policiados pelo SISNAD são de suma importância para que seja possível um tratamento jurídico justo e razoável, de acordo com as ações de cada indivíduo.

3.1 Quem é o Usuário

Denomina-se usuário, conforme o art. 28, aquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para uso próprio, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal.

Conceitualmente, adquirir é comprar, passar a ser proprietário, ou seja, dono do objeto. Já a conduta guardar é ocultar, esconder, não publicar a posse. A conduta de ter em depósito significa manter sob controle, à disposição. Agora, transportar traz a ideia de deslocamento, ou seja, de um local para outro. E, por último, o comportamento de trazer consigo é o mesmo que portar a droga, tendo total disponibilidade de acesso ao uso.

Importante ressaltar que as condutas elencadas no art. 28 não suportam a forma culposa. O agente que pratica quaisquer destas ações sem saber do que se trata, incorre em erro de tipo.

É necessária, ainda, a presença do elemento subjetivo, qual seja, a intenção de consumo pessoal do agente que se encontra em posse da substância. Se o consumo é destinado a terceiros, outra é a tipificação, não cabendo mais a incidência do artigo 28.

As penalidades impostas pelo artigo são as relacionadas em seus incisos:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

- II - prestação de serviços à comunidade;
- III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

De acordo com a doutrina majoritária, não se trata de legalização ou descriminalização do porte de entorpecentes, mas sim de uma despenalização, como ensina Capez (2017, p. 764):

Entendemos, no entanto, que não houve descriminalização da conduta. O fato continua a ter a natureza de crime, na medida em que a própria Lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e às penas (Capítulo III); além do que as sanções só podem ser aplicadas por juiz criminal e não por autoridade administrativa, e mediante o devido processo legal (no caso, o procedimento criminal do Juizado Especial Criminal, conforme expressa determinação legal do art. 48, parágrafo 1º, da nova Lei). (...) No sentido de que não houve abolitio criminis, mas apenas 'despenalização' (...).

3.2 Quem é o Traficante

Atualmente, denomina-se traficante o sujeito ativo do delito de tráfico ilícito de entorpecentes. Estabelece o diploma vigente:

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

Assim sendo, é denominado de traficante o indivíduo que importa, exporta, remete, prepara, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, tem em depósito, transporta, traz consigo, guarda, prescreve, ministra, entrega a consumo ou fornece, ainda que gratuitamente, substâncias regulamentadas em desacordo com a determinação legal.

A nova legislação agravou as sanções impostas à prática da conduta típica em discussão. Se a lei 6.368/76 previa a reclusão de 3 a 15 anos como pena base, o advento do compilado 11.343/06 majorou a pena mínima em 2 anos, passando a ser de 5 a 15 anos.

4 OBSCURIDADES PRESENTES NOS CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE O ART. 28 E 33 DA LEI 11.343/06

A lei 11.343/06, conhecida como lei de drogas, se posiciona com certa rigidez, atribuindo duras penas para aqueles que praticam ações tipificadas como tráfico, associação ao tráfico, financiamento, entre outras ações ilícitas relacionadas com tráfico. Entretanto, ao mesmo tempo em que oprime drasticamente certas ações, também adota um posicionamento brando, simples, sem graves consequências, quando estiver diante de um caso concreto em que o agente considerado usuário. Ocorre que, na maioria das vezes, diante do caso concreto, a classificação do agente como usuário ou traficante é nebulosa, deixa dúvidas, uma vez que a própria lei 11.343/06 não oferece parâmetros concretos para sua distinção.

4.1 Análise dos Critérios Diferenciadores

Como já dito, a lei de drogas oferece tratamentos opostos, podendo apresentar uma reação dura, ou branda, frente ao caso concreto, cabendo aos critérios de distinção oferecidos pela mesma lei, adequar o agente ao tratamento rígido ou leve.

Teoricamente, o formato apresentado pela legislação é preciso, certo de que não puniria gravemente aquele que é visto como usuário ou dependente, e atribuindo duras sanções a aqueles que de fato cometem a prática de traficância, justificando, portanto, a pena mais rigorosa. Entretanto, entrando no mundo real, encontra-se uma constância de dúvidas a respeito dos critérios que tipificam o agente como usuário ou traficante, seguindo de sentenças equivocadas e injustas, e, ainda, gerando um sentimento de banalização das atividades policiais.

A lei 11.343/06 é omissa ao definir concretamente o que é tráfico e o que é consumo próprio, não apresenta em nenhum momento uma definição, uma quantidade específica de droga para caracterizar tráfico ou consumo, atribuindo tão somente ao juiz a análise das circunstâncias da infração, perfil do agente, indícios de traficância, entre outros, resultando em uma insegurança jurídica.

Neste sentido, explica NUCCI:

Naturalmente, espera-se que, com isso, não se faça um juízo de valoração ligado às condições econômicas de alguém. Ex.: Se um rico traz consigo cinco cigarros de maconha, seria usuário porque pode pagar pelas drogas. Entretanto, sendo o portador pessoa pobre, a mesma quantidade seria considerada tráfico. [...] Ilustrando, de modo mais razoável: aquele que traz consigo quantidade elevada de substância entorpecente e já possui anterior condenação por tráfico evidencia, como regra, a correta tipificação no art. 33 desta Lei. [...] o agente que traz consigo pequena quantidade de droga, sendo primário e sem qualquer antecedente, permite a conclusão de se tratar de mero usuário [...]. Não há entre os critérios o predomínio de uns sobre os outros, tudo a depender do caso concreto.

Visto que o poder aquisitivo da agente apreendido, pode facilmente oferecer uma visão final equivocada de classificação, ou seja, o agente com poder aquisitivo menor deve ser automaticamente condenado por tráfico de drogas? Ou um o agente com poder aquisitivo maior, mesmo portando uma grande quantidade de drogas deve ser tido como usuário? (NUCCI. 2007, p. 308)

Neste sentido, podemos perceber que há uma falta de precisão ao classificar o agente, deixando a mercê da autoridade policial, promotor, ou magistrado a caracterização, que muitas vezes é embasada em dogmas sociais, poder aquisitivo, ou até mesmo racial.

4.2 Conflito entre os Artigos 28 e 33 da Lei 11.343/06

A presente pesquisa, conforme já percorrido, é voltada sobre os problemas de classificação de um agente como usuário ou traficante. Protagonizam a problemática dois dispositivos da lei 11.343/06 – o art. 28, que tipifica a conduta do cidadão, portando drogas para seu consumo próprio; e o art. 33, responsável pela tipificação das práticas de traficância.

Conforme elucida o *caput* art. 28 da lei em discussão, cinco verbos caracterizam a conduta tipificada pelo dispositivo: “adquirir”, “guardar”, “tiver em depósito”, “transportar”, “trouzer consigo”; para o consumo próprio do agente, ou seja, ficam bem nítidas as hipóteses de aplicação do dispositivo supracitado.

Na mesma tomada, apresenta-se o *caput* do art. 33 da lei 11.343/06 com a tipificação de 19 (dezenove) verbos ensejadores da prática de traficância.

In verbis:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda

que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar

O dispositivo supracitado apresenta atribuições mais específicas que o art. 28 da mesma lei, da mesma forma que confere uma sanção muito mais grave que o primeiro, uma vez que este se quer é considerado como crime.

A grande problemática esta relacionada com o fato do art. 33 repetir 4 (quatro) verbos já tipificados no art. 28 da mesma lei: “ter em depósito”, “guardar”, “trazer consigo” e “transportar”. Essa dualidade de tipificação causa tremenda insegurança jurídica, certo que o único aspecto concreto de diferenciação entre uma conduta e outra é o fator consumo.

A esse ponto, podemos considerar justa a indagação: Como identificar um agente usuário e um agente traficante, uma vez que a lei não oferece parâmetros para essa diferenciação? A resposta para essa pergunta é que não há regra, método, parâmetros específicos que diferenciem um usuário de um traficante. Frise-se, estamos discutindo a respeito de casos concretos nebulosos, posto que muitas vezes a classificação é óbvia, seja por reincidência do agente, quantidade exorbitante de substâncias, entre outros fatores. Contudo, nos casos menos óbvios, como já dito, não há regra que diferencie um do outro, restando à autoridade policial inquirir; o promotor denunciar; e o magistrado sentenciar com base em elementares casuísticas do fato, como indícios de traficância – balança de precisão, cédulas em dinheiro de valor baixo –, local do fato, aparência, quantidade de dinheiro que possui o agente durante o flagrante, ou seja, não há determinação específica, restando a análise do caso concreto, e, por conta disso, muitas vezes resultando em decisões equivocadas.

Em entrevista, Dr. Paulo Gadelha, Presidente da Fundação Oswaldo Cruz, dispõem:

No Brasil? O país entendeu que o usuário demanda e merece cuidado, não criminalização, pois é alguém que possivelmente passou de uma situação de uso — digamos — recreativo, para um uso com dependência, que afeta sua saúde. Criminoso é o traficante. O problema é que essa legislação não estabeleceu como distinguir usuário de traficante. Portugal, por exemplo, quantificou, para cada tipo de droga ilícita, o que é permitido portar para uso próprio. Isso o Brasil não fez, o que coloca a responsabilidade sobre as mãos de juízes e policiais, gerando um nível de arbitrariedade imenso e enormes distorções. Sem critérios objetivos, as classes sociais mais vulneráveis, em função do preconceito e da baixa capacidade de defesa nos processos judiciais, acabam sendo aquelas sobre as quais incide toda a pecha de traficantes. (GADELHA. Paulo)

Conclui-se, portanto, que a lei responsável por tóxicos vigente no Brasil é insuficiente nesse aspecto, gerando insegurança jurídica e prejuízos a sociedade e muitas ao próprio agente, certo de que uma pessoa que pratica atos de traficância pode ser considerada usuário, como também o mero usuário pode ser denunciado como traficante.

Insta salientar que, a falta de parâmetros concretos para a diferenciação do agente usuário ou traficante gera consequências no exercício policial, banalizando a prestação de serviço dos delegados de polícia. Explico. Nos casos concretos que não se apresentarem claros, que não qualificam o agente instantaneamente, as autoridades policiais passam a enquadrar todos como traficante, ainda que não fossem. Ocorre aqui uma inversão do ônus da prova que não deveria acontecer. Os delegados de polícia preferem tomar essa medida por conta da falta de precisão da lei, enquadrando todos no art. 33 da lei 11.343/06, uma vez que se aplicar o art. 28 da mesma lei, o agente não sofreria consequências nunca, e aplicando o art. 33, o agente tem uma probabilidade alta de ser sentenciado e preso. Portanto, o pensamento que surge nas autoridades policiais é de atribuir ao agente o perfil de traficante, obrigando que este comprove que não é, e isentando de dúvidas o trabalho policial.

Aprofundando ainda mais a presente análise, podemos apontar como principal problema da lei 11.343/06 a falta de parâmetros quantitativos concretos, que definissem de maneira objetiva as circunstâncias de tráfico e de consumo. Dessa forma, a materialidade do delito estaria comprovada de pronto, restando apenas a análise subjetiva do agente.

Neste seguimento, cumpre demonstrar que internacionalmente, diversos países apresentam uma tabela especificando um limite quanto a quantidade de droga, definindo qual situação é tráfico e qual situação é consumo próprio.

Es um demonstrativo de países que adotam essa determinação:

País	Limite de consumo (Maconha / Cocaína)
Alemanha	6 a 30g / 50mg
Áustria	2g / 1,5g

Bélgica	3g / não disponível
Dinamarca	10g / não disponível
Finlândia	15g / 1,5g
Portugal	2,5g / 0,2g

Fonte: Ministério da Justiça. 2009. Retirado da Pesquisa Tráfico de Droga e Constituição.

Entretanto, conforme abordado na presente pesquisa, o Brasil não oferece parâmetros específicos capazes de delimitar o limite para definir o consumo, utilizando apenas a percepção fática das elementares do delito, como indícios de traficância, local do fato, circunstâncias presenciais, entre outros, deixando extremamente vaga a aplicação da lei 11.343/06.

5 CONTROVERSIA JURISPRUDENCIAL

A falta de critérios específicos capazes de identificar precisamente a conduta de traficância ou consumo gera reflexos nas decisões judiciais, apresentando uma jurisprudência controversa, com decisões distintas, ainda que os casos fossem semelhantes.

Primeiramente, vejamos a decisão do Ilustre Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2013):

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE COMPROVADA. DÚVIDAS QUANTO À COMERCIALIZAÇÃO DO ENTORPECENTE APREENDIDO EM PODER DO AGENTE. PROVA DEFICIENTE A SUSTENTAR O DECRETO CONDENATÓRIO. DECLARAÇÕES DOS MILITARES DESAMPARADAS POR QUALQUER ELEMENTO DE CONVICÇÃO. CONDENAÇÃO BASEADA EM PRESUNÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO SEGURA E ESTREME DE DÚVIDAS A PERMITIR A CONCLUSÃO DE QUE O APELANTE PORTASSE A DROGA PARA O COMÉRCIO. RÉU QUE ASSUME SER DEPENDENTE QUÍMICO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. CABIMENTO. ACUSADO PRESO POR TEMPO SUPERIOR À NOVA PENA FIXADA. EXTINÇÃO PELO CUMPRIMENTO. RECURSO PROVIDO.

- Para qualquer condenação é necessária a certeza e não apenas ilações quanto à autoria.

- Se por um lado as declarações dos militares, quando coerentes e com respaldo nos demais elementos probatórios dos autos, são suficientes para uma condenação, noutra parte a ausência dessa harmonia em seus depoimentos e também de prova não pode levar a outro caminho senão a absolvição.

- A ausência de demonstração cabal de que a droga apreendida seria comercializada pelo acusado, aliada às circunstâncias fáticas e à declaração do agente de que é usuário, confirmado por outra testemunha, são fatores que autorizam a desclassificação para a forma prevista no art. 28 da Lei de Tóxicos.

- Com a nova apenação, e tendo o apelante permanecido preso provisoriamente por período superior ao estabelecido, é necessário declarar extinta a pena pelo seu cumprimento.

Podemos identificar uma decisão fundamentada no sentido de que a quantidade de droga apreendida com o agente, somado a falta de indícios de traficância, não é capaz de sustentar uma condenação, mesmo que a autoridade policial tenha entendido o ato como tráfico de drogas, considerando então, o magistrado, como situação de consumo próprio, desclassificando o delito.

Entretanto, já podemos identificar uma controvérsia jurisprudencial ao analisarmos o posicionamento do Supremo Tribunal de Justiça. *In verbis*:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEQUENA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PERIGO ABSTRATO. 1. O delito de tráfico de entorpecente é de perigo abstrato para a saúde pública, fazendo-se irrelevante que seja pequena a quantidade de entorpecente (Precedentes). 2. Ordem denegada". (HC 79661 / RS, Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, DJ 04.08.2008).

Por fim, igualmente sem amparo a tese da defesa, quanto à alegação de que a condição de usuário ou dependente serviria para desclassificar o delito, eis que já está pacífico no âmbito desta e. Corte de Justiça que "a condição de viciado não exclui a possibilidade da prática de conduta descrita nos artigos 33 e 35 da lei n. 11.343/06". (20080020031963HBC, Relator EDSON ALFREDO SMANIOTTO, 1ª Turma Criminal, julgado em 15/05/2008, DJ 09/07/2008 p. 73).

Conforme enuncia, o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça é contrário a primeira jurisprudência citada na presente pesquisa, considerando como tráfico a conduta do agente, ainda que possuísse pequenas quantidades de droga, uma vez que crime de tráfico é de perigo abstrato.

Confirmando ainda mais a controvérsia jurisprudencial, apresenta-se a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, proveu a condenação por tráfico imposta ao agente, entretanto, reduzindo a pena por conta da quantidade pequena de droga apreendida. In Verbis:

EMENTA - TRÁFICO DE DROGAS ATENUADO - PRISÃO EM FLAGRANTE - APREENSÃO DE PEQUENA QUANTIDADE DE MACONHA E CRACK - DESTINAÇÃO MERCANTIL EVIDENCIADA NA PROVA - CORRETO JUÍZO DE CENSURA - INCIDÊNCIA DO REDUTOR PELA FRAÇÃO MÁXIMA.

Emergindo incontroverso da prova que o entorpecente arrecadado na posse do apelante tinha destinação mercantil, resta configurado o delito de tráfico de drogas pelo qual acabou condenado. A dosimetria penal, entretanto, pode ser amenizada, pois a opção do magistrado pela fração mínima de 1/6 para incidência do redutor carece de fundamentação, e considerando a pequena quantidade do entorpecente apreendido - dois pequenos invólucros contendo maconha prensada no peso de 100g e 0,5g de pequenas pedras de crack (cocaína - base livre) -, a diminuição da pena pode ser pela fração máxima de 2/3 para estabilizar a reprimenda em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 DM na diária mínima, modificando o regime prisional para aberto, com substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, sendo uma de prestação de serviços à comunidade e outra pecuniária de um SM revertido em favor de Instituição destinada à recuperação de viciados, no caso de ainda não ter cumprido a pena, pois tudo indica que já aconteceu até o dia em que foi solto 16/8/2011. Recurso parcialmente provido.

Conclui-se, portanto, que a insuficiência de critérios capazes de distinguir a prática de traficância e prática de usuário causa reflexos na jurisprudência pátria, uma vez que decisões distintas podem surgir de ações penais semelhantes, conforme percorrido acima.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percorrido integralmente o presente trabalho, podemos absorver informações específicas a respeito da confusão gerada pela insuficiência de critérios diferenciadores capazes de distinguir usuário de drogas e um traficante, presentes na vigente lei 11.343/06.

Neste sentido, inicialmente, percebemos que substâncias psicotrópicas estão presentes na história da humanidade desde as primeiras gerações civilizadas, oportunidade em que estas eram utilizadas como moeda de troca e consumidas de

maneira desenfreada, resultando em uma série de consequências negativas para a população da época. Insta salutar, que o uso contínuo de nossos antecessores foi o primeiro fator que ocasionou ao sentimento de coibição as drogas, iniciando neste momento, um olhar pejorativo sobre as drogas por parte da sociedade.

Logo na primeira sessão deste artigo, encontramos o conceito da terminologia “droga”, oferecida pela própria lei de drogas em seu primeiro artigo, determinando como droga toda e qualquer substância capaz de gerar dependência ao usuário, contudo, deixando a dever do legislador e de órgãos do executivo a relação dos produtos considerados como drogas.

Ainda no contexto histórico, foi percorrido nesta investigação, o início da legislação antidrogas, identificando como o marco inicial a Convenção Internacional do Ópio, ocorrida em 23 (vinte e três) de janeiro de 1912 (mil novecentos e doze), o que gerou uma série de eventos subsequentes, todos voltados ao combate as drogas. Neste sentido, chegamos a legislação antidrogas pátria, o que foi objeto da sessão subsequente do presente artigo.

Conforme exposto, fora elaborado uma análise histórica de legislação antidrogas brasileira, enunciando como primeiro ato de combate a drogas no Brasil as Ordenações Filipinas, vigentes no Brasil de 1603 a 1830. Frise-se, que a legislação competente a combater coibir substâncias ilícitas em território pátrio foi objeto de muita mutação durante toda a história, até entrar em vigência a atual lei 11.343/06.

Mais adiante, conforme elucidado pela presente investigação, conseguimos diferenciar as terminologias responsáveis por caracterizar um agente usuário e um agente traficante. Neste sentido, identificamos como usuário aquele que utiliza da substância psicotrópica para sanar os seus desejos, sejam eles físicos ou psicológicos. Por sua vez, a legislação define como traficante de drogas, aquele que utiliza a substância entorpecente com finalidade mercantil e lucrativa, envolvendo todas as relações de compra e venda dentro de um mercado ilícito e clandestino.

Conceituadas as terminologias de “usuário” e “traficante”, o tópico em sequência abordou o objeto chave da presente pesquisa, investigando a problemática existente entre os critérios de diferenciação capazes de distinguir um usuário de drogas e um traficante no contexto prático. Neste seguimento, percebemos que a lei 11.343/06 é insuficiente no que diz respeito a oferecer parâmetros concretos a

autoridade policial e ao magistrado, capazes de determinar, no caso concreto, se o agente em flagrante é usuário ou traficante.

Ainda neste contexto, percebemos que a lei vigente deixa a ofício da autoridade policial a classificação do agente como traficante ou usuário, utilizando como ferramentas diferenciadoras as elementares do caso concreto, percebendo indícios de traficância, antecedentes do agente, local do delito, circunstâncias em que se encontrava o agente, entre outras elementares genéricas. Ou seja, a lei 11.343/06 falhou ao oferecer parâmetros concretos ao aplicador, deixando nada mais que situações genéricas capazes de implicar ao agente a conduta de traficância ou de consumo. Frise-se, que essa insuficiência da lei em debate, gerou uma insegurança jurídica, aonde os principais pontos a serem debatidos foram os artigos 28 e 33 desta lei, uma vez que eles são de certa forma, controversos.

Aprofundando ainda mais o conteúdo percorrido, fora apresentado um comparativo entre a legislação pátria e a internacional, demonstrando que em um vasto número de Estados utilizam um sistema de quantidade, determinando quais os limites de quantidade da substância encontrada em flagrante delito com o agente irão imputá-lo como traficante ou usuário.

Finalmente, os reflexos da insegurança jurídica mencionada na presente pesquisa foram explicitados com um demonstrativo jurisprudencial, apresentado na sessão derradeira deste artigo. Conforme visto, percebemos uma distinção jurisprudencial pátria, de forma que várias decisões são tomadas em sentidos totalmente paralelos, sem conexão, apesar de as lides sejam semelhantes entre si.

Diante de todo o exposto, podemos concluir, portanto, que a legislação antidrogas brasileira é, de certa forma, bipolar. Explico. Por um lado, podemos perceber uma política criminal ostensiva, dura, capaz de imputar penalizações rígidas para aqueles que praticam atividade de traficância, e, a contrario sensu, identificamos um tratamento amenizado para aqueles agentes considerados como meros usuários, certo de que não causa maiores prejuízos sociais, mas sim para ele mesmo, razão pela qual a vigente legislação pátria entende este como doente e não delinquente. Contudo, apesar de bem definidos os polos que diferenciam o tratamento de um e de outro, os critérios capazes de diferenciar, no caso concreto, o primeiro do segundo, são insuficientes, gerando uma extrema insegurança jurídica, capaz de incriminar o

mero usuário como traficante, e o traficante ser percebido como usuário, causando uma notória injustiça.

Nestes termos, finalmente, não restam duvidadas a respeito da necessidade de uma reforma na lei 11.343/06, a fim de apresentar parâmetros concretos capazes de diferenciar a conduta de traficância e de mero consumo.

7 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, v. 4: Legislação Penal Especial. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELMANTO, Júlio. Camaradas Caretas – Drogas e esquerda no Brasil após 1961.

GAZOLLA, Eduardo Henrique de Freitas. Apontamentos sobre o artigo 28 da Lei de Drogas.

GODOY, GabriellaTalmelli. Seletividade penal na Lei de Drogas - Lei n.11.343/2006..

NASCIMENTO, Daniela Araújo dos Santos. O usuário e o traficante na Lei nº 11.343/2006. Reflexões críticas sobre os aspectos diferenciadores. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2775, 5 fev. 2011

SAMPAIO, Artur Livônio Tavares. Seletividade no combate as drogas: lei 11.343/2006.

SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2934, 14 jul. 2011.