

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

**ANTONELLA SANTILLI PIZZOTTI**

**A CRIMINALIZAÇÃO DA COMERCIALIZAÇÃO DE ENTORPECENTES NO  
BRASIL: A EVOLUÇÃO DO PROIBICIONISMO E SUA RELAÇÃO COM O FÁCIL  
ENCARCERAMENTO**

**São Paulo**

**2022**

**ANTONELLA SANTILLI PIZZOTTI**

**A CRIMINALIZAÇÃO DA COMERCIALIZAÇÃO DE ENTORPECENTES NO  
BRASIL: A EVOLUÇÃO DO PROIBICIONISMO E SUA RELAÇÃO COM O FÁCIL  
ENCARCERAMENTO**

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado  
como requisito para obtenção do título de Bacharel  
no Curso de Direito da Universidade Presbiteriana  
Mackenzie.

Orientador: Prof. Me. Ivan Luís Marques

**São Paulo**

**2022**

ANTONELLA SANTILLI PIZZOTTI

A CRIMINALIZAÇÃO DA COMERCIALIZAÇÃO DE ENTORPECENTES NO BRASIL:  
A EVOLUÇÃO DO PROIBICIONISMO E SUA RELAÇÃO COM O FÁCIL  
ENCARCERAMENTO

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado  
como requisito para obtenção do título de Bacharel  
no Curso de Direito da Universidade Presbiteriana  
Mackenzie.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

---

Me. Ivan Luís Marques  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Examinador(a): Dr. Alexis Couto de Brito

---

Examinador(a): Me. Fernanda Rocha Martins

# **A CRIMINALIZAÇÃO DA COMERCIALIZAÇÃO DE ENTORPECENTES NO BRASIL: A EVOLUÇÃO DO PROIBICIONISMO E SUA RELAÇÃO COM O FÁCIL ENCARCERAMENTO**

**Antonella Santilli Pizzotti**

**Resumo:** O presente estudo procura analisar a relação que existe entre a evolução do proibicionismo no Brasil, a partir da criminalização da comercialização de drogas, com o fácil encarceramento. Com base em elementos histórico-culturais e em questões dogmático-processuais, buscou-se entender a razão de ocupar o narcotráfico o segundo crime pelos quais os brasileiros são mais presos atualmente.

**Palavras-chave:** Tráfico de drogas. Encarceramento. Lei de drogas. Proibicionismo.

**Abstract:** The present study seeks to analyze the relation between the evolution of prohibitionism in Brazil, from the criminalization of drug marketing, with the easy incarceration. Based on historical-cultural elements and on dogmatic-procedural issues, we sought to understand the reason for narcotraffic being the second crime for which Brazilians are currently most imprisoned.

**Key words:** Drug trafficking. Incarceration. Drug regulation. Prohibitionism.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Política criminal de drogas no Brasil. 2.1. Drogas e legislação no Brasil. 2.1.1 Introdução. 2.1.2 Livro V das Ordenações Filipinas. 2.1.3 Código Penal Republicano, de 1890. 2.1.4 O cenário internacional e a intensa produção legislativa. 2.1.5 O Código Penal de 1940. 2.1.6 Lei nº 6.368/1976. 2.1.7 Lei nº 11.343/2006. 2.2. O Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad). 3. Aspectos penais e processuais instituídos pela Lei nº 11.343/06. 3.1 Conceito de drogas. 3.2 Consumo pessoal. 3.3 Tráfico ilícito de drogas. 3.3.1 Artigo 33. 3.3.2 Artigos 34 a 39. 3.3.3 Elementos processuais. 4. Drogas e encarceramento. 4.1 Panorama do encarceramento no Brasil. 4.2 O processamento das ocorrências de tráfico de drogas. 4.2.1 Abordagem policial e prisão em flagrante. 4.2.2 Os fundamentos da prisão preventiva. 4.2.3 As provas processuais e as condenações. 5. Conclusão.

## 6. Referências

### **1 INTRODUÇÃO**

A história do proibicionismo no Brasil deve ser analisada à luz do panorama global do controle sobre substâncias entorpecentes. A métrica utilizada em nossas legislações criminais que trataram da criminalização de condutas envolvendo as drogas foi e é a tendência internacional.

Sob os pretextos da salvaguarda da saúde pública e da proteção da segurança da sociedade, os legisladores encontraram na criminalização e na repressão a resposta para a criminalidade crescente no país. Dessa forma, o proibicionismo foi marcado pela intensa produção de leis.

Diante do aumento do uso de substâncias tornadas ilícitas e em razão dos estigmas associados à figura do traficante, o controle e a repressão se enrijeceram e se materializaram nas legislações especializadas, às quais cada vez mais se incluía hipóteses caracterizadoras do comércio ilícito de entorpecentes e nas quais cada vez mais se aumentava a reprimenda.

Para que seja possível compreender o processo de encarceramento atual, faz-se necessária uma análise aproximada dos mais recentes diplomas de drogas. Suas particularidades, seus erros e acertos nos ajudam a assimilar o funcionamento do Poder Judiciário no tratamento de casos de comércio ilícito de entorpecentes, bem como permitem que estabeleçamos críticas à aplicabilidade das normas e ao processo de aprisionamento como um todo.

## **2 POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL**

### **2.1 DROGAS E LEGISLAÇÃO NO BRASIL**

#### **2.1.1 Introdução**

Nosso sistema criminal de drogas é baseado na repressão ao uso e na criminalização da comercialização de entorpecentes. O modelo de controle é, portanto, proibicionista e tem por objetivo, através da repressão criminal, a proibição de todas as condutas que envolvem as drogas tornadas ilícitas. A adoção desse modelo é nítida quando observamos o tratamento que a Constituição Federal de 1988 dá ao tema, destacando-se os seguintes dispositivos: art. 5º,

LXIII e LI; art. 144, §1º, II; e art. 243.

Esse é o modelo predominante no mundo, sendo que alguns tratados internacionais são basilares para o proibicionismo, como, por exemplo, a Convenção Única sobre Entorpecentes (1961), o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas (1971) e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes (1988).

Além de cuidarem sobre as problemáticas envolvendo as drogas, esses tratados possuem um importante ponto em comum: a justificativa do controle das drogas alicerçadas na proteção à saúde do indivíduo, bem como na preservação da segurança pública. É nesse sentido que a política de drogas brasileira atual se dirige. A esse respeito, o ex-ministro da Justiça e ex-chefe da Secretaria Nacional Antidrogas (Senad), Miguel Reale Jr., ponderou que “O Estado entende que o indivíduo não sabe o que é bom para sua saúde e limita seu direito de decidir o que fazer. Tira a liberdade do cidadão antes que ele perca sua liberdade porque virou um viciado.”<sup>1</sup>

Contudo, o controle da produção, da circulação, do comércio e do uso de drogas passou por diversos tratamentos legislativos até se assentar na legislação que conhecemos em 2006 e que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas.

### 2.1.2 Livro V das Ordenações Filipinas

O Livro V das Ordenações Filipinas é a primeira legislação criminal a punir o comércio e o uso de drogas. Tal diploma remonta aos tempos em que a União Ibérica estava sob comando de D. Filipe I e em que ainda se instalava o regime monárquico de D. Pedro I. As Ordenações reformaram o então Código Manuelino e “[...] tinham a finalidade de manter a ordem social, a escravidão e a hegemonia da fé católica.”<sup>2</sup>

O título LXXXIX do mencionado livro dispunha:

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

Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender, rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimão, nem agua delle, nem escamonéa, nem ópio, salvo se fôr Boticario examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio.

---

<sup>1</sup> ARAÚJO, Tarso. Drogas: proibir é legal?. **Superinteressante**, 31 out. 2016. Disponível em: <https://super.abril.com.br/historia/drogas-proibir-e-legal/>. Acesso em: 17 maio 2022.

<sup>2</sup> MIGOWSKI, Eduardo. Das Ordenações Filipinas ao Código Criminal de 1830. **Justificando**, 12 out. 2018. Disponível em: <https://www.justificando.com/2018/10/12/das-ordenacoes-filipinas-ao-codigo-criminal-de-1830/>. Acesso em: 17 maio 2022.

E qualquer outra pessoa que tiver em sua caza alguma das ditas cousas para vender, perca toda sua fazenda, ametade para nossa Camera, e a outra para quem o acusar, e seja degradado para Africa até nossa mercê. E a mesma pena terá quem as ditas cousas trazer de fora, e as vender a pessoas, que não forem Boticarios [...].<sup>3</sup>

### 2.1.3 Código Penal Republicano, de 1890

O Código de 1890 abarcava a preocupação com o controle sanitário de substâncias tóxicas e regulamentou a matéria em seu Título III, denominado “Dos Crimes Contra a Saúde Pública”. A redação trazida pelo diploma considerava crime “[...] expôr à venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários.”<sup>4</sup>

O final do século XIX e o início do século XX foram marcados por diversas guerras e conflitos no mundo todo. Nessas ocasiões, percebeu-se a intensificação no uso de entorpecentes, a exemplo do que ocorreu na Guerra de Secessão, nos Estados Unidos, em que havia uso indiscriminado de ópio entre os soldados. De acordo com o médico sanitarista e ex-presidente da Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, Dr. Roberval Cordeiro de Farias,

[...] fato idêntico se registrou após as guerras da Criméia e franco-prussiana e como consequência da guerra mundial de 1914, quando o uso da morfina, heroína e cocaína se generalizou largamente em diversos países da Europa, nos Estados Unidos e em vários países da América Central e Sul-Americanos, flagelo este do qual não foi poupado o Brasil, que durante alguns anos teve de enfrentar a toxicomania como um grave problema social, que ameaçava se disseminar entre a nossa gente.<sup>5</sup>

Nesse cenário, a legislação criminal estava aquém de conseguir resolver o grave problema que se instalava no Brasil. Foram baixados inúmeros decretos a fim de controlar a toxicomania que o pós-guerra ocasionou nas pessoas.

<sup>3</sup> PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 17 maio 2022. p. 1240

<sup>4</sup> BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República. [1991]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%20847%2C%20DE%2011%20DE%20OUTUBRO%20DE%201890.&text=Promulga%20o%20Codigo%20Penal.&text=Art.,que%20n%C3%A3o%20estejam%20previamente%20estabelecidas](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%20847%2C%20DE%2011%20DE%20OUTUBRO%20DE%201890.&text=Promulga%20o%20Codigo%20Penal.&text=Art.,que%20n%C3%A3o%20estejam%20previamente%20estabelecidas). Acesso em: 20 abr. 2022.

<sup>5</sup> FARIAS, R. Cordeiro de. **As toxicomanias no pós-guerra**. Palestra feita no Rotary Club do Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 1945. Disponível em: <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/15037/v25n7p580.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 17 maio 2022. p. 580

### 2.1.4 O cenário internacional e a intensa produção legislativa

Em um panorama de intensificação do uso de substâncias psicoativas em escala global, o proibicionismo se destacou nas conferências internacionais que tratavam da matéria. O primeiro tratado internacional de controle de drogas ocorreu em 1912, em Haia, e foi denominado de “Convenção Internacional do Ópio”.

Os países signatários do acordo assentiram, dessa forma, “[...] que as pessoas têm de ser protegidas do risco de se tornarem dependentes de drogas perigosas e de perderem sua liberdade, como resultado desta dependência.”<sup>6</sup> Sob o pretexto de “impedir o abuso crescente do ópio, da morfina e seus derivados, bem como da cocaína”<sup>7</sup>, foi baixado o Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915, que promulgou a Convenção do Ópio.

A partir de então, a política proibicionista se potencializou, como se percebe das edições dos seguintes decretos: o Decreto nº 20.930, de 11 de janeiro de 1932, que cuidou sobre a fiscalização do uso e da mercantilização das substâncias tóxicas e entorpecentes, regulamentou o seu ingresso no país e estabeleceu penas; o Decreto nº 24.559, de 3 de julho de 1934<sup>8</sup>; e o Decreto n.º 780, de 28 de abril de 1936, que instituiu a Comissão Permanente de Fiscalização de Entorpecentes, que foi posteriormente modificado pelo Decreto n.º 2.953, de 10 de agosto de 1938.

Em 1936, a Liga das Nações aprovou, em Genebra, a Convenção para a Repressão do Tráfico Ilícito das Drogas Nocivas, que entabulou a criminalização do comércio de drogas. A esse respeito, ponderou Luís Carlos Valois:

Assim todo o mal das drogas, o *evil* na letra dos tratados e convenções começa a ser ligado àquele que se dedica à atividade de suprir a demanda de drogas não reconhecida como necessária por quem administra o mundo ou qualquer

<sup>6</sup> INTERNATIONAL NARCOTICS CONTROL BOARD - INCB. **Report**. [S. l.]: INCB, 2011. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics\\_drugs/INCB/INCB%202011/2011\\_INCB\\_ANNUAL\\_REPORT\\_portuguese\\_References\\_to\\_Brazil\\_PDF.pdf](https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_drugs/INCB/INCB%202011/2011_INCB_ANNUAL_REPORT_portuguese_References_to_Brazil_PDF.pdf). Acesso em: 17 maio 2022.

<sup>7</sup> BRASIL. **Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915**. Promulga a Convenção Internacional do Opio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assignados na Haya, a 23 de Janeiro de 1912. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/D11481.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D11481.html). Acesso em: 17 maio 2022.

<sup>8</sup> “Dispõe sobre a profilaxia mental, a assistência e proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas, a fiscalização dos serviços psiquiátricos e dá outras providências.” O §5º, do artigo 3º do decreto assim dispõe: “Podem ser admitidos nos estabelecimentos psiquiátricos os toxicômanos e os intoxicados por substâncias de ação analgésica ou entorpecente por bebidas inebriantes, particularmente as alcoólicas.” (BRASIL. **Decreto nº 20.930, de 11 de janeiro de 1932**. Fiscaliza o emprego e o comércio das substâncias tóxicas entorpecentes, regula a sua entrada no país de acordo com a solicitação do Comité Central Permanente do Opio da Liga das Nações, e estabelece penas. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 16 jan. 1932. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html>. Acesso em: 17 maio 2022).



país. Com o reconhecimento internacional do tráfico de drogas como crime nasce igualmente o traficante e toda a carga de demonização que o conceito carrega hoje em dia.<sup>9</sup>

A Convenção foi promulgada pelo Decreto nº 2.994, de 17 de agosto de 1938. No mesmo ano, foi decretada a Lei de Fiscalização de Entorpecentes (Decreto-lei nº 891, de 25 de novembro de 1938), que cuidou de listar as substâncias consideradas entorpecentes, dispôs sobre a produção, o tráfico e o consumo, além de que versou sobre a interdição e a interdição civil e descreveu as infrações e estipulou penas.

### 2.1.5 O Código Penal de 1940

Com a edição do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, entrou em vigor o Código Penal brasileiro, trabalhado em vistas à necessidade de modernizar o antigo Código, corrigindo-lhe as falhas e adequando-lhe às “[...] ideias dominantes no campo da criminologia [...]”<sup>10</sup>.

Tal diploma revogou parte do Decreto-lei nº 891/1938, em especial pela disposição do artigo 281, que tratava do comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes e possuía a seguinte redação:

[...] importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.<sup>11</sup>

No entanto, o legislador não criminalizou o uso de drogas, de modo que a questão foi levada ao Poder Judiciário. Com isso, coube ao Supremo Tribunal Federal consolidar jurisprudência no sentido de descriminalizar a conduta do usuário de drogas, entendido como aquele que traz consigo pequena quantidade de entorpecente. É o que podemos observar no julgamento do HC n.º 42.752:

---

<sup>9</sup> VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D’Placido., 2017. p. 175.

<sup>10</sup> BRASIL. **Código Penal** - Decreto-Lei n. 2848 - 7-12-40. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1941. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaoodemotivos-pe.pdf>. Acesso em: 17 maio 2022. p. iii.

<sup>11</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2021]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 17 maio 2022.

1) ART. 281 DO CÓDIGO PENAL. O VICIADO NÃO PRATICA CRIME. 2) O PORTE DE INFIMA QUANTIDADE DE SUBSTANCIA ENTORPECENTE, INSUSCETIVEL DE SER INTRODUIDA NO COMERCIO, NÃO CONSTITUI O CRIME PREVISTO NO ART. 281 DO CÓDIGO PENAL. 3) JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA.<sup>12</sup>

O mencionado artigo 281 não trouxe a definição de substância entorpecente, sendo considerado, dessa forma, uma norma penal em branco, isto é, que necessita de outra norma para complementá-la. No caso, a lista de substâncias consideradas entorpecentes se encontrava no Decreto-lei nº 891/1938.

Já em 1961, com a aprovação da Convenção Única sobre Entorpecentes, iniciou-se o que Salo de Carvalho denominou de transnacionalização do controle.<sup>13</sup> Segundo ele, à época, havia um grande esforço global pela luta contra a criminalidade, principalmente porque o consumo de drogas estava em alta e a ideologia política se pautava na repressão e na uniformização das leis que combatiam o uso e o comércio de entorpecentes.

A convenção, promulgada pelo Decreto nº 54.216/1964, assumiu, em seu preâmbulo<sup>14</sup>, o plano médico-sanitário-jurista de combate às drogas, cuja doutrina assentava-se da seguinte forma:

[...] sobre os culpados (traficantes) recairia o discurso jurídico-penal do qual se extrai o estereótipo do criminoso corruptor da moral e da saúde pública. Sobre o consumidor incidiria o discurso médico-psiquiátrico consolidado pela perspectiva sanitária em voga na década de 1950, que difunde o estereótipo da dependência [...].<sup>15</sup>

A partir de então, a política interna de combate às drogas foi marcada pelo

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **HC 42752**. Relator: Min. Antonio Villas Boas. Data de Julgamento: 22/03/1966. Data de Publicação: 24/06/1966.

<sup>13</sup> CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 58.

<sup>14</sup> “As Partes,

Preocupadas com a saúde física e moral da humanidade,

Reconhecendo que o uso médico dos entorpecentes continua indispensável para o alívio da dor e do sofrimento e que medidas adequadas devem ser tomadas para garantir a disponibilidade de entorpecentes para tais fins,

Reconhecendo que a toxicomania é um grave mal para o indivíduo e constitui um perigo social e econômico para a humanidade,

Conscientes de seu dever de prevenir e combater êsse mal.

Considerando que as medidas contra o uso indêbito de entorpecentes, para serem eficazes, exigem uma ação conjunta e universal.

[...]” (BRASIL. **Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964**. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. Brasília, DF: Presidência da República, 1º set. 1964. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Atos/decretos/1964/D54216.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1964/D54216.html). Acesso em: 17 maio 2022).

<sup>15</sup> CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 60-61.

recrudescimento do controle e da repressão. O mencionado artigo 281, do Código Penal, foi alterado pelo Decreto-lei nº 385/1968, cuja redação passou a contar com mais verbos núcleo do tipo penal de tráfico de drogas e que trouxe, em seu parágrafo 1º, inciso III, a criminalização do usuário de drogas.

### 2.1.6 Lei nº 6.368/1976

Em 29 de outubro de 1971, foi sancionada a Lei nº 5.726, que dispunha sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes e cujo objetivo era, nas palavras de Vicente Greco Filho, “[...] ressaltar a importância da educação e da conscientização geral na luta contra os tóxicos.”<sup>16</sup> Tal diploma foi parcialmente substituído pela Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, assim como o artigo 281, do Código Penal, foi por ela revogado.

Com o advento da Lei nº 6.368/76, houve endurecimento das penas relativas ao comércio de drogas. O artigo 12, da referida lei, trouxe novos verbos à já incrementada lista do mencionado artigo 281, CP, e houve o estabelecimento de uma pena de 3 a 15 anos de reclusão.

Para Salo de Carvalho<sup>17</sup>, sob o pretexto de resguardar a segurança pública dos malefícios causados pelo traficante, consolidou-se, dessa forma, uma conjuntura belicista, na qual ele figurava como inimigo interno a ser combatido.

Com relação ao consumidor, a Lei de Entorpecentes de 1976 não mencionou expressamente a conduta de usar droga. Em vez disso, o artigo 16 abrangeu as condutas já criminalizadas pelo artigo 12, quais sejam, adquirir, guardar e trazer consigo, e somou a elas a expressão “para uso próprio”.

Apesar de intensa discussão ter sido gerada a respeito da punição ou não do usuário, Alberto Zacharias Toron certificou que:

Dizer-se que o uso de drogas não é punido soa, quando menos, estranho porque todas as condutas que possibilitam esta prática (adquirir, guardar ou trazer consigo) são incriminadas. Com efeito, se o usuário para consumir o entorpecente deve, em algum momento, detê-lo e essa detenção constitui crime, é evidente que o uso, ainda que por via oblíqua, é punido. Afirmar o contrário é sofismar.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Histórico-drogas. *In*: SANTOS, Christiano Jorge (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. Tomo VIII. Histórico-drogas. Vicente Greco Filho; João Daniel Rassi. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/historico-drogas\\_5f3fdf4ad1c72.pdf](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/historico-drogas_5f3fdf4ad1c72.pdf). Acesso em: 17 maio 2022. p. 12.

<sup>17</sup> CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 69-71.

<sup>18</sup> TORON, Alberto Zacharias. *Revistas e Periódicos. A proteção constitucional da intimidade e o artigo 16 da Lei de Tóxicos. Revista da Associação dos Advogados de São Paulo - AASP*, v. 35, 1991. Disponível em:

### 2.1.7 Lei nº 11.343/2006

A partir de 1988, com o advento da nova Constituição da República, a configuração da política criminal de drogas ganhava mais espaço e destaque. O texto constitucional, apesar da notória proteção às garantias fundamentais do cidadão, trouxe também a supressão dos direitos à fiança, graça ou anistia àqueles que praticassem o comércio ilícito de entorpecentes<sup>19</sup>. Além disso, a *Constituição cidadã*<sup>20</sup> autorizou a extradição do brasileiro naturalizado que tiver seu envolvimento em tráfico ilícito de drogas comprovado (art. 5º, LI, CF/88).

Diante da grande preocupação com as proporções que o comércio ilegal de entorpecentes tomava, buscou-se uma reformulação dos diplomas que tratavam sobre o tema. Com isso, a década de 90 foi marcada por intensa discussão legislativa, que redundou na Lei nº 10.409/2002. Com ela, as condutas relativas ao uso de drogas eram privilegiadas pelo rito das infrações de menor potencial ofensivo, instituído pela Lei nº 9.099/95, ao mesmo tempo em que o comércio de entorpecentes ganhava mais hipóteses criminalizantes.

A antiga Lei de Tóxicos de 1976 não foi, no entanto, tacitamente revogada pelo regulamento de 2002, o que gerou certo caos legislativo. Diante disso, após a elaboração de alguns anteprojetos, em 23 de agosto de 2006, foi sancionada a Lei nº 11.343, aplicada até os dias de hoje.

Em linhas gerais, nas palavras dos deputados Magno Matta e Warderley Martins, quando da elaboração da exposição de motivos da atual Lei antidrogas,

[...] procurou-se estruturar um sistema (que, desde há muito reclamado, parece ter sido, com sua ausência, uma das concausas mais importantes do incremento do narcotráfico) que coordenasse as ações, políticas e estratégias governamentais destinadas ao trato do problema, nele inserindo todos os organismos que dele devem participar.<sup>21</sup>

[https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista\\_advogado/paginaveis/35/22/index.html](https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/35/22/index.html). Acesso em: 17 maio 2022. p. 22.

<sup>19</sup> Art. 5º. [...] XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem." (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 17 maio 2022).

<sup>20</sup> Assim foi denominada a Constituição Federal por Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988. (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF: DANC, 5 out. 1988, p. 14380-14382. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em: 17 maio 2022).

<sup>21</sup> BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes

## 2.2 O SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS (SISNAD)

Ante a assunção da responsabilidade de controle do consumo e mercancia de drogas pelo Estado, somada ao pretexto de proteção da saúde do cidadão e da segurança da sociedade, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad).

O preâmbulo da Lei de Drogas preceitua que o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas “[...] prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.”<sup>22</sup> Além disso, o Sisnad também se ocupou de estatuir princípios e objetivos do programa, bem como de criar uma estrutura de gestão através de diferentes atores governamentais.

A principiologia que dá base à política antidrogas é pautada na tríade prevenção ao uso, assistência ao dependente químico e repressão ao narcotráfico. Ao mesmo tempo em que a lei cria para o Estado o dever de punir o traficante, cria também o ônus de elaborar mecanismos que colaborem para a prevenção do uso e para a reinserção social do usuário ou dependente de drogas. Nesse sentido, respeitadas a liberdade e a autonomia do cidadão, bem como seus direitos fundamentais, cabe ao Estado adotar políticas públicas que busquem minimizar ou erradicar as consequências danosas que as drogas podem propiciar.

Os objetivos do programa seguem a mesma linha, na medida em que buscam o enfrentamento ao tráfico de drogas, a disseminação de conhecimento sobre drogas e a inclusão social do cidadão para evitar que fique suscetível a situações que possam o levar ao uso de drogas. Ademais, destaca-se o dever de o Sisnad, juntamente com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário, coordenar, integrar e articular a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas e a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

---

de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em: 17 maio 2022.

<sup>22</sup> BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em: 17 maio 2022.

### 3 ASPECTOS PENAIS E PROCESSUAIS INSTITUÍDOS PELA LEI Nº 11.343/06

#### 3.1 CONCEITO DE DROGAS

O parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 11.343 traz em sua redação a definição de drogas como sendo toda substância ou produto apto a causar dependência. Além disso, o dispositivo acrescenta que a lei ou as listas emanadas pelo Poder Executivo da União trarão as especificações desses produtos ou substâncias.

A Portaria SVS/MS n.º 344/1998 abrange as substâncias sujeitas a controles especiais, cuja listagem é atualizada periodicamente pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa. Dentre elas, estão elencadas aquelas de uso proscrito no Brasil.<sup>23</sup>

#### 3.2 CONSUMO PESSOAL

O Capítulo III, do Título III, da Lei antidrogas, cuidou de estabelecer os crimes e as penas às condutas relacionadas às drogas.

De forma inovadora, o artigo 28 excluiu a hipótese de imposição de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas. Com isso, aquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta, traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (*caput*), ou que também semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de droga (§ 1º), está suscetível às penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (incisos I, II e III).

Para que seja identificada uma das condutas do artigo 28, é necessário que sejam observados alguns critérios orientadores. Segundo Cleber Masson e Vinícius Marçal<sup>24</sup>, as circunstâncias presentes no §2º, do referido artigo, bem como no artigo 42, da mesma lei, garantem, em tese, o sistema da quantificação judicial. Esse sistema se baseia na utilização de parâmetros relativos “[...] 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

---

<sup>23</sup> Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 344, de 12 de maio de 1988**. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 15 maio 1998. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344\\_12\\_05\\_1998\\_rep.html](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html). Acesso em: 17 maio 2022.

<sup>24</sup> MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas: aspectos penais e processuais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019. p. 35.

conduta e aos antecedentes do agente [...]”<sup>25</sup> para que se determine se a droga é destinada a consumo pessoal.

O delito previsto no artigo 28 é considerado de menor potencial ofensivo e é julgado pelo Juizado Especial Criminal, por força do artigo 48, § 1º, da Lei nº 11.343/06<sup>26</sup>, bem como do artigo 61 da Lei nº 9.099/1995<sup>27</sup>.

Ao mencionado delito se autoriza a concessão da chamada transação penal, que consiste em uma proposta feita geralmente pelo Ministério Público. Tal benefício permite o cumprimento imediato de uma pena restritiva de direitos ou multa prevista no artigo 28, da Lei de Drogas, evitando, desse modo, a instauração do processo criminal (conforme o artigo 76 da Lei nº 9.099/95 e o artigo 48, § 5º, da Lei nº 11.343/06).

Ademais, admite-se o benefício da suspensão condicional do processo, desde que presentes os requisitos subjetivos do artigo 89, da Lei nº 9.099/95. De acordo com esse dispositivo, ao acusado é possível oferecer um acordo, depois de recebida a denúncia, devendo o magistrado suspender o andamento da ação penal, bem como da prescrição. Em contrapartida, durante determinado lapso temporal (período de prova), o acusado é submetido a certas condições. Encerrado o período de prova sem a ocorrência de qualquer alteração, o magistrado declara extinta a punibilidade do agente.

### 3.3 TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

#### 3.3.1 Artigo 33

O artigo 33 da Lei nº 11.343/06 tipifica as condutas caracterizadoras do tráfico de entorpecentes. O dispositivo estabelece uma pena de reclusão de 5 a 15 anos e pagamento de

<sup>25</sup> É o que dispõe o § 2º, do artigo 28, da Lei 11.343/06.

<sup>26</sup> “Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. § 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.” (BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm). Acesso em: 17 maio 2022).

<sup>27</sup> “Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.” (BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm). Acesso em: 17 maio 2022).

500 a 1.500 dias-multa àquele 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 drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Às condutas que se assemelham com as dispostas no *caput*, do artigo 33, quais sejam, as previstas nos incisos I, II, III e IV, de seu § 1º<sup>28</sup>, também se aplicam as penas por ele delimitadas.

Já as condutas previstas nos parágrafos 2º e 3º, do artigo em questão, possuem penas mais brandas, de modo que, aquele que induz, instiga ou auxilia outrem ao uso indevido de droga está sujeito à pena de detenção, de 1 a 3 anos, e multa de 100 a 300 dias-multa (art. 33, § 2º), assim como aquele que oferece droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem, está sujeito à pena de detenção, de 6 meses a 1 ano, e ao pagamento de 700 a 1.500 dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28 (art. 33, § 3º).

Finalmente, o último parágrafo do artigo 33 prevê a figura do tráfico privilegiado, expressão que foi adotada pela doutrina e que se refere à causa de diminuição da pena prevista aos delitos definidos no *caput* e no § 1º, do mesmo artigo, de um sexto a dois terços, desde que comprovadas a primariedade do agente, a presença de bons antecedentes, a não dedicação às atividades criminosas e a desvinculação a qualquer organização criminosa (artigo 33, § 4º).

No entendimento de Renato Marcão, “[...] a previsão é saudável na medida em que passa a permitir ao magistrado maior amplitude de apreciação do caso concreto, de maneira a poder melhor quantificar e, portanto, individualizar a pena, dando tratamento adequado àquele

---

<sup>28</sup> “Art. 33. [...] § 1º Nas mesmas penas incorre quem:

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

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

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.” (BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm). Acesso em: 17 maio 2022).



que apenas se inicia no mundo do crime.”<sup>29</sup>

### 3.3.2 Artigos 34 a 39

A Lei antidrogas não se limitou à criminalização das condutas relativas ao comércio de entorpecentes propriamente dito. Nesse sentido, o legislador se preocupou também com os atos que, de alguma forma, contribuem para o comércio ilegal de drogas, seja direta ou indiretamente.

O artigo 34 criminaliza as condutas relativas aos objetos e maquinários destinados à produção de drogas. Trata-se aqui de incriminação dos atos preparatórios ao narcotráfico. Em pronunciamento da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal nº 0002257-37.2017.8.26.0540, de relatoria do Desembargador Marcos Alexandre Coelho Zilli, ponderou-se que:

[...] A preocupação da norma incriminadora é, portanto, preventiva, ou seja, busca evitar que haja a materialização da substância entorpecentes, como objeto de consumo a partir de seus componentes. Difere-se, nesse sentido, do crime de tráfico de entorpecentes, no qual a substância entorpecente é posta a disposição do consumo.<sup>30</sup>

Já os artigos 35 e 37 demonstram a preocupação do legislador com o crime organizado, ao tipificar as condutas de associação para o tráfico e de informante colaborador, respectivamente.

Para que haja o reconhecimento do delito do artigo 35, é necessário que duas ou mais pessoas se associem, para o fim específico de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34, da Lei de Drogas.

No caso do artigo 37, o agente não integra grupo, organização ou associação destinado à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, mas colabora com eles no fornecimento de informações.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: anotada e interpretada. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 145

<sup>30</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (16. Câmara de Direito Criminal). **Apelação Criminal 0002257-37.2017.8.26.0540**. Relator(a): Marcos Alexandre Coelho Zilli. Data do Julgamento: 28/04/2020. Data de Registro: 28/04/2020.

<sup>31</sup> Para Cleber Masson e Vinícius Marçal “Trata-se de mais uma exceção pluralista à teoria monista no concurso de pessoas, pela qual foram separadas as condutas do traficante de drogas integrante de grupo, organização ou associação e da pessoa que, na condição de informante, colabora para a sua atividade.” (MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas**: aspectos penais e processuais. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019. p. 110).

O financiamento ou custeio do tráfico de drogas também é criminalizado pela Lei nº 11.343/06. A inovação foi trazida no artigo 36, na medida em que não havia previsão desse tipo de conduta nos diplomas anteriores. Dessa forma, o indivíduo que disponibiliza dinheiro ou bens com o intuito de patrocinar o narcotráfico também é punido.

Por fim, os artigos 38 e 39 cuidam dos crimes de prescrição ou ministração culposa de droga e de condução de embarcação ou aeronave sob influência de droga, respectivamente.

### 3.3.3 Elementos processuais

O artigo 48, da Lei de Tóxicos, dispõe que “O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.”<sup>32</sup>

De início, destaca-se que à conduta descrita no artigo 28, da lei em comento, é aplicável o procedimento estatuído pela Lei nº 9.099/95, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais (art. 48, § 2º). Além disso, insta salientar que não é cabível a prisão em flagrante a esse tipo de infração, devendo o agente ser encaminhado ao juízo competente ou, na falta desse, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários (art. 48, § 2º).

Em contrapartida, os demais crimes previstos na legislação de drogas comportam a prisão em flagrante. O § 1º, do artigo 50, da mesma lei, preceitua que, para que seja viável a prisão em flagrante, é necessário laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, sendo que tal documento é suficiente para o estabelecimento da materialidade do delito. Contudo, trata-se de prova preliminar que necessita ser complementada com a confecção do laudo definitivo.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em: 17 maio 2022.

<sup>33</sup> A esse respeito, acrescenta Renato Brasileiro de Lima: “A partir do momento que a Lei de Drogas exige, para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, a realização do exame preliminar de constatação da natureza e quantidade da droga, é intuito que esse laudo provisório também é indispensável para a própria deflagração da ação penal, funcionando como condição específica de procedibilidade para os processos penais relativos a drogas, sem prejuízo da posterior juntada do exame toxicológico definitivo. Portanto, para o recebimento da peça acusatória, basta o laudo preliminar, não sendo necessária a juntada do laudo definitivo, que, como será visto mais adiante, pode ser juntado durante o curso da instrução probatória. Na hipótese de a denúncia ser oferecida sem este exame pericial preliminar, não haverá justa causa para o exercício da ação penal, daí por que a peça acusatória deve ser rejeitada pelo juiz competente, nos termos do art. 395, III, do CPP.” (LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: volume único. 8. ed. São Paulo: Editora Juspodium, 2020. p. 1124).

Assim, para que a prisão em flagrante seja convertida em prisão preventiva, “[...] é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais dos pressupostos elencados pelo art. 312 do Código de Processo Penal.”<sup>34</sup>

## 4 DROGAS E ENCARCERAMENTO

### 4.1 PANORAMA DO ENCARCERAMENTO NO BRASIL

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, realizado no período entre janeiro e junho de 2021, a população carcerária no Brasil, no âmbito da Justiça Estadual, é de 673.614 pessoas. Desse total, 207.151 pessoas estão presas provisoriamente (30%), sem que haja uma sentença condenatória, 643.415 são homens (95%) e 412.225 (61%) possuem entre 18 e 34 anos.<sup>35</sup>

Com relação à quantidade de incidências por tipo penal, de um total de 678.973 presos, pouco mais de 30% está recolhido pela prática de delitos relacionados à Lei de Drogas. Esse percentual é ainda maior se comparado com a relação de mulheres presas por esses delitos: pouco mais de 57%.

Apesar de a Lei nº 11.343/06 prever diversos crimes em seu texto, 167.992 pessoas estão presas somente pelo delito do artigo 33. Os crimes de tráfico internacional de drogas e de associação para o tráfico são responsáveis pelo total de 37.624 aprisionados.

No tocante a estrutura dos presídios, o STF, ao julgar o pedido de Medida Cautelar na ADPF n.º 347, decidiu que “[...] deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional.’”<sup>36</sup> Merece destaque o seguinte trecho da decisão:

Consta, na representação da Clínica UERJ Direitos, que, nos presídios e delegacias, por todo o país, as celas são abarrotadas de presos, que convivem espremidos, dormem sem camas ou colchões, em redes suspensas no teto, “dentro” das paredes, em pé, em banheiros, corredores, pátios, barracos ou

<sup>34</sup> MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas: aspectos penais e processuais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019. p. 59.

<sup>35</sup> BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Presos em Unidades Prisionais no Brasil** - período de janeiro a junho de 2021. Brasília, DF: DEPEN, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWlxYjI3MTktNDZiZi00YjVhLWFjN2EtMDM2NDdhZDM5NjE2IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWFyYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 17 maio 2022.

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347** DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 09/09/2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 17 maio 2022.

contêineres. Muitas vezes, precisam se revezar para dormir. Os presídios e delegacias não oferecem, além de espaço, condições salubres mínimas. Segundo relatórios do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, os presídios não possuem instalações adequadas à existência humana. Estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas precárias e celas imundas, sem iluminação e ventilação representam perigo constante e risco à saúde, ante a exposição a agentes causadores de infecções diversas. As áreas de banho e sol dividem o espaço com esgotos abertos, nos quais escorrem urina e fezes. Os presos não têm acesso a água, para banho e hidratação, ou a alimentação de mínima qualidade, que, muitas vezes, chega a eles azeda ou estragada. Em alguns casos, comem com as mãos ou em sacos plásticos. Também não recebem material de higiene básica, como papel higiênico, escova de dentes ou, para as mulheres, absorvente íntimo. A Clínica UERJ Direitos informa que, em cadeia pública feminina em São Paulo, as detentas utilizam miolos de pão para a contenção do fluxo menstrual.<sup>37</sup>

Apesar do conhecimento existente sobre a situação nos presídios brasileiros, a quantidade de pessoas que neles ingressam cresce exponencialmente.

## 4.2 O PROCESSAMENTO DAS OCORRÊNCIAS DE TRÁFICO DE DROGAS

### 4.2.1 Abordagem policial e prisão em flagrante

De acordo com pesquisa feita pelo Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Marcelo Semer, na qual analisou 800 sentenças de primeiro grau em que se julgou o crime de tráfico de drogas, na maioria dos casos (63%), a apreensão da droga é feita na via pública por policiais e, em 88,75% dos casos, a investigação teve início a partir de auto de prisão em flagrante.<sup>38</sup>

Em outro estudo, no qual também foram analisadas sentenças relativas aos crimes da Lei nº 11.343/06, apurou-se que, na expressiva maioria dos casos (88.9%), a situação processual do réu é a prisão em flagrante.<sup>39</sup> Diante disso, verifica-se que a atuação dos policiais no momento da prisão do indivíduo que está, em tese, praticando um dos crimes previstos na Lei de Drogas, é profunda.

Tendo em vista que o delito definido no artigo 28, da Lei de Drogas, não comporta

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 09/09/2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 17 maio 2022.

<sup>38</sup> SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento**. 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 239; 158.

<sup>39</sup> BOITEUX, Luciana et al. **Sumário Executivo Relatório de Pesquisa "Tráfico de Drogas e Constituição"**. Rio de Janeiro; Brasília: Ministério de Justiça, 2009. Disponível em: [pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando\\_Direito3.pdf](https://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando_Direito3.pdf). Acesso em: 17 maio 2022. p. 59.

prisão em flagrante, em uma análise superficial, tem-se que, indubitavelmente, as prisões efetuadas se referem exclusivamente aos crimes dos artigos 33 em diante. Contudo, não é isso o que acontece, conforme veremos adiante.

Na perspectiva de Luciana Boiteux e outros, cabe à autoridade policial, em primeiro momento, definir, de acordo com elementos altamente subjetivos<sup>40</sup>, quem é considerado traficante e quem é considerado usuário de drogas. Válido destacar que o artigo 33 da Lei em comento tipifica o tráfico de drogas a partir da criminalização de condutas previstas em dezoito verbos, sendo que boa parte deles também está prevista no art. 28. A diferença é que no art. 28 a lei estabelece a finalidade de uso pessoal.

Com isso, subsiste um enorme vão entre a conduta mais branda (uso de drogas para consumo pessoal) e a mais gravosa (tráfico de drogas), sendo que, para Salo de Carvalho, esse intervalo cria uma

[...] zona cinzenta intermediária cuja tendência, em decorrência dos vícios advindos do dogmatismo jurídico e da expansão do senso comum punitivo, é a de projetar a subsunção de condutas dúbias em alguma das inúmeras ações puníveis presentes nos 18 (dezoito) verbos nucleares integrantes do tipo penal do art. 33 da Lei de Drogas [...].<sup>41</sup>

Dessa forma, pontua Alba Zaluar: “São os policiais que decidem quem irá ou não irá ser processado por mero uso ou por tráfico, porque são eles que apresentam as provas e iniciam o processo.”<sup>42</sup>

Diante do elevado grau de subjetividade oferecido pelo § 2º, do artigo 28, da Lei de Drogas, os policiais militares e as autoridades policiais recorrem a critérios empíricos, adquiridos na prática de suas atividades, visando realizar tal distinção.

Uma pesquisa realizada para compreender o uso da prisão provisória nos casos de tráfico de drogas, foram analisados depoimentos de policiais militares, delegados, procuradores e juízes, bem como suas práticas cotidianas, o que demonstrou os métodos utilizados por eles para lidar com os casos de tráficos de drogas na cidade de São Paulo. Questionada a respeito da diferenciação do usuário de drogas do traficante, a maioria dos policiais militares entrevistados

<sup>40</sup> BOITEUX, Luciana et al. **Sumário Executivo Relatório de Pesquisa "Tráfico de Drogas e Constituição"**. Rio de Janeiro; Brasília: Ministério de Justiça, 2009. Disponível em: [pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando\\_Direito3.pdf](https://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando_Direito3.pdf). Acesso em: 17 maio 2022. p. 44.

<sup>41</sup> CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 302.

<sup>42</sup> ZALUAR, Alba. **Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2004. p. 32 apud BOITEUX, Luciana et al. **Sumário Executivo Relatório de Pesquisa "Tráfico de Drogas e Constituição"**. Rio de Janeiro; Brasília: Ministério de Justiça, 2009. Disponível em: [pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando\\_Direito3.pdf](https://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando_Direito3.pdf). Acesso em: 17 maio 2022. p. 44..

diz que é fácil fazer essa identificação, merecendo destaque a seguinte fala:

Na prática você percebe, por exemplo, a presença do dinheiro, quem está fazendo a venda tem uma soma em dinheiro trocado, o local também a gente identifica porque você percebe que é um local propício de venda de drogas. A reincidência dá um bom norte pra identificar o modus operandi do indivíduo. Eu vou abordar pela atitude da pessoa. A presença de dinheiro, a quantidade é bom indicativo, mas nem sempre é eficaz, a própria lei coloca obstáculos com relação à quantidade. Por exemplo, é diferente um indivíduo que vai para o litoral e leva, sei lá, uma quantidade para consumir em quatro ou cinco dias.<sup>43</sup>

Em consonância com o relato acima reproduzido, Semer ressalta que os critérios mais comuns que levam à abordagem policial e ao reconhecimento do traficante de drogas são a denominada *atitude suspeita*<sup>44</sup>, o volume de drogas<sup>45</sup> e a forma de embalagem.

Percebe-se, portanto, que as conclusões dos estudos e pesquisas que se dedicam à análise empírica do processamento das ocorrências de tráfico de drogas se repetem.

#### 4.2.2 Os fundamentos da prisão preventiva

Conforme mencionado no início deste capítulo, 30% da população presa no Brasil não possui condenação. Em um Estado Democrático de Direito, cuja legislação criminal é pautada no princípio da mínima intervenção<sup>46</sup>, da qual decorre a inteligência de que a prisão é a *ultima*

<sup>43</sup> JESUS, Maria Gorete Marques; CALDERONI, Vivian (Coords.). **Prisão provisória e lei de drogas no Brasil:** identificando os obstáculos e oportunidades para maior eficácia: um estudo sobre os flagrantes. São Paulo: NEV, 2011. p. 112.

<sup>44</sup> Em sua pesquisa, o desembargador relatou os motivos pelos quais os policiais abordaram aquele indivíduo: "O réu saiu correndo ao ver a viatura (sentença-121) ou apenas em passo acelerado (sentença-229); pareceu nervoso (sentença-631), assustado (sentença-139) e com semblante nervoso (sentença-623). Também levantou suspeitas o réu que olhou desconfiado (sentença-541), que ao ver a polícia, começou a andar (sentença-150) e até aquele que ficou parado no meio da rua (sentença-341). O que estava sozinho na rua (sentença-370), o que estava próximo de um casal (sentença-178) e os que estavam no meio de grupos na Cracolândia (sentenças-199 e 205). Da mesma forma, chamou a atenção dos policiais, o agente que estava mexendo na moita (sentença-230), cavando no chão (sentença-451), contando dinheiro (sentença-151) ou ainda carregando uma sacola (sentença-615). Aquele que parecia escondido, no interior de um carro abandonado (sentença-188) e até a ré bem vestida, destoando de moradores de rua, nas proximidades do próprio Tribunal de Justiça (sentença-204)." (SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico:** o papel dos juízes no grande encarceramento. 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 240).

<sup>45</sup> Nesse sentido, pondera que: "[...] se o volume de drogas é considerável, o tráfico está caracterizado. Mas se o volume é efetivamente pequeno também se pode argumentar que isso ocorre porque é uma forma de ludibriar a repressão. É a mesma lógica do interrogatório: se o réu confessa é verdade; se o réu mente, deve ser verdade também, porque em regra ele sempre mente." (SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico:** o papel dos juízes no grande encarceramento. 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 282).

<sup>46</sup> Nas lições de Gianpaolo Smanio e Humberto Fabretti: "A construção desse princípio parte do reconhecimento de que o Direito Penal é a forma mais grave e violenta de intervenção do Estado na vida do cidadão, pois retira deste um de seus bens mais preciosos: a liberdade. [...] Assim, por ser uma medida extrema, o Direito Penal não deve ser utilizado em toda e qualquer situação, mas somente naquelas situações em que for estritamente necessário

*ratio* para proteger determinado bem jurídico, espanta o elevado número de presos provisoriamente.

Nesse sentido, o § 6º do artigo 282 do CPP leciona que a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, sendo que o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

A redação do mencionado dispositivo foi alterada pela entrada em vigor da Lei nº 13.964 de 2019, que ficou popularmente conhecida como “Lei Anticrime”. A antiga redação foi integralmente mantida, mas a ela acrescentou-se o dever de o magistrado justificar, utilizando-se de elementos do caso concreto, o não cabimento das medidas cautelares diversas da prisão. Com isso, “[...] proibiu-se, portanto, uma forma comumente utilizada pelos magistrados para decretar a prisão preventiva, quando simplesmente escreviam: ‘não são cabíveis as cautelares diversas da prisão’.”<sup>47</sup>

Além disso, tem-se que a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva nos casos de delitos de drogas afronta, em muitas vezes, o princípio da proporcionalidade. Isso porque a prisão preventiva é subsidiária à aplicação das outras medidas cautelares previstas no CPP. Não só isso, mas também o fato de que, como visto no item 4.1 deste trabalho, a quantidade de pessoas presas provisoriamente não condiz com a adoção de um critério de razoabilidade na decretação de prisões preventivas.

Em que pese a inovação legislativa, a Lei de Drogas estabeleceu, em seu artigo 44, que os crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 são insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, sendo vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Contudo, no julgamento do HC n.º 104.339, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a expressão “e liberdade provisória” do *caput* do art. 44 da Lei nº 11.343/2006. No caso, o paciente havia sido condenado às penas de 5 anos de reclusão e de 500 dias-multa, em regime inicialmente fechado, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade, uma vez que havia permanecido preso durante toda a instrução criminal, assim como existia o risco de permanecer em liberdade, sob o fundamento de que “[...] pessoas honestas podem ser atingidas a qualquer tempo pela ação do réu em voltar a disseminar a droga proibida, quando as

---

para proteção dos bens jurídicos.” (SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Comentários ao pacote anticrime**. 1 ed. São Paulo. Atlas. 2020. p. 171).

<sup>47</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Comentários ao pacote anticrime**. 1 ed. São Paulo. Atlas. 2020. p. 124.

autoridades pretendem cada vez mais combater, o que gera, sem dúvida alguma, a intranquilidade social.”<sup>48</sup>

Em seu voto, o relator Ministro Gilmar Mendes assim fundamentou:

Tenho para mim que essa vedação apriorística de concessão de liberdade provisória (Lei n. 11.343/2006, art. 44) é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, do devido processo legal, entre outros. É que a Lei de Drogas, ao afastar a concessão da liberdade provisória de forma apriorística e genérica, retira do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos da necessidade do cárcere cautelar, em inequívoca antecipação de pena, indo de encontro a diversos dispositivos constitucionais.<sup>49</sup>

Nosso Diploma Processual Penal estabeleceu que a prisão preventiva pode ser decretada para garantir a ordem pública e/ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (art. 312, CPP). Além disso, previu as hipóteses em que a prisão preventiva é admitida.<sup>50</sup>

Apesar da decisão emanada pelo STF, que retirou a vedação legal à concessão da liberdade provisória, a regra que se vê na prática nos casos que envolvem os delitos da Lei de Drogas é a prisão cautelar.<sup>51</sup> Assim como o foi para fundamentar a manutenção da prisão no caso exposto acima, as justificativas utilizadas pelos magistrados para não conceder a liberdade

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Habeas Corpus 104.339 São Paulo**. Data de Julgamento: 10/05/2012. Data de Publicação: 06/12/2012. Disponível em: [portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=114367777&ext=.pdf](http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=114367777&ext=.pdf). Acesso em: 17 maio 2022.

<sup>49</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Habeas Corpus 104.339 São Paulo**. Data de Julgamento: 10/05/2012. Data de Publicação: 06/12/2012. Disponível em: [portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=114367777&ext=.pdf](http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=114367777&ext=.pdf). Acesso em: 17 maio 2022.

<sup>50</sup> “Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;  
II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;  
III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.” (BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 17 maio 2022).

<sup>51</sup> É o que comprova a pesquisa feita pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, segundo a qual, de 79 processos envolvendo o delito de tráfico de drogas que foram analisados, correspondentes a 70 decisões de 21 Varas Criminais de São Paulo, 62 decisões indeferiram o pedido de liberdade provisória. (JESUS, Maria Gorete Marques; CALDERONI, Vivian (Coords.). **Prisão provisória e lei de drogas no Brasil**: identificando os obstáculos e oportunidades para maior eficácia: um estudo sobre os flagrantes. São Paulo: NEV, 2011. p. 30).



provisória se baseiam, em suma, na salvaguarda da sociedade dos perigos gerados pelo narcotráfico.<sup>52</sup>

Nessa lógica, sob o argumento de garantir a ordem pública e proteger a sociedade, todos aqueles que cometem crimes deveriam estar presos, o que, naturalmente, não é o caso. Percebe-se, portanto, que a justificativa do tratamento dado aos *traficantes* pelo Poder Judiciário não está lastreada no perigo concreto, no caso individualizado e nas circunstâncias fáticas, mas, no senso comum, que é guiado, em sua grande maioria, pelo pânico moral.<sup>53</sup>

#### 4.2.3 As provas processuais e as condenações

Como visto no item anterior, as ocorrências envolvendo o tráfico de drogas decorrem, em sua enorme maioria, das apreensões feitas pelos policiais. Assim, os elementos fáticos, bem como as provas da materialidade do delito, são proporcionados por eles.

Em um estudo em que se analisou 250 autos de inquéritos policiais, nos quais se apurava o crime de tráfico de drogas, percebeu-se uma repetição do padrão de comportamento no curso da investigação.<sup>54</sup> Na lavratura do Auto de Prisão em Flagrante, momento em que devem ser ouvidos o condutor, as testemunhas da infração e o acusado (art. 304, *caput*, CPP), notou-se que:

Muitos depoimentos são indisfarçadamente cópias uns dos outros, com alguns faltando a assinatura até do delegado em algumas folhas, resultado do encarceramento a toque de caixa exigido pela guerra às drogas. Às vezes, sequer é colhido o depoimento da testemunha policial, mas apenas do

---

<sup>52</sup> É o que concluiu Semer em sua pesquisa, na qual analisou 800 sentenças que apreciam denúncias de tráfico de drogas. Em seu entendimento, "Com o tráfico, e não propriamente o réu, em julgamento, a prisão cautelar toma ares de obrigatoriedade. [...] É, enfim, neste momento, especialmente, que o julgador incorpora os traços do pânico moral para tratar o tráfico, genericamente, como o destruidor de lares, da moralidade, da família e de qualquer norma de convivência que possa manter a sociedade de pé." (SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento**. 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 282).

No mesmo sentido: "Os magistrados, em algumas decisões, esboçam opiniões sobre o tráfico, demonstrando que a lesividade do crime é considerada por eles um fator importante para se decretar a prisão cautelar dos acusados de tráfico. Argumenta-se que o tráfico 'incentiva a criminalidade', que ele é crescente, que 'não tem piedade dos familiares dos usuários' e desagrega famílias, que compromete a saúde pública, que com este tipo de crime 'a sociedade fica desprovida de garantias para a sua tranquilidade', bem como é um crime que inquieta a população." (JESUS, Maria Gorete Marques; CALDERONI, Vivian (Coords.). **Prisão provisória e lei de drogas no Brasil: identificando os obstáculos e oportunidades para maior eficácia: um estudo sobre os flagrantes**. São Paulo: NEV, 2011. p. 90).

<sup>53</sup> Nas lições de Luis Carlos Valois: "Para a criminologia moderna, o bode expiatório do qual nos alerta a Teoria Crítica se encaixa na teoria do pânico moral, elaborada pela primeira vez por Stanley COHEN, em 1972, que é quando 'uma pessoa ou um grupo de pessoas começa a ser definido como ameaça para os valores e os interesses da sociedade; sua natureza é apresentada de modo estilizado e estereotipado por parte do *mass media*'" (VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Placido., 2017. p. 548-549).

<sup>54</sup> VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Placido., 2017. p. 452-453.

condutor, vindo no termo de oitiva da testemunha apenas a referência: ‘ratifica os termos da oitiva do condutor’; mantendo-se, nos autos, apenas uma versão dos fatos. Em outros flagrantes, o procedimento demonstra ser um formulário mal adaptado, como, por exemplo, quando o delegado deixa consignado que ‘esteve presente a vítima, a saúde pública’.<sup>55</sup>

Nota-se a precariedade na coleta de elementos na fase inquisitorial e que servirão como base de uma provável denúncia. Uma vez que a materialidade do delito de tráfico de drogas é suficientemente comprovada pelo laudo químico-toxicológico, as demais provas, principalmente aquelas que atestam a autoria delitiva, devem ser cuidadosamente arranjadas, o que não acontece.

No momento do oferecimento da denúncia, o acusado toma conhecimento do fato ao qual está sendo imputado e tem, em tese, a oportunidade de produzir provas para a acusação se defender. Na medida em que o Ministério Público utiliza dos testemunhos dos policiais para sustentar a acusação, resta à defesa a tarefa de contestá-los. Contudo, no âmbito de incidência do princípio da paridade de armas<sup>56</sup>, da mesma forma que as armas da acusação são os relatos dos policiais, a arma da defesa é o relato do acusado.

Assim, em um primeiro momento, tem-se a impressão de que, na maioria dos casos envolvendo o tráfico de drogas, não é possível encampar a tese acusatória, uma vez que, havendo dúvida quanto à autoria do delito - dúvida essa decorrente da divergência entre as versões trazidas por aqueles que presenciaram os fatos - a absolvição seria a medida assertiva. Não obstante, a realidade judiciária nos mostra o contrário.

O depoimento dos policiais que realizaram a prisão em flagrante é tido como justificativa suficiente para fundamentar uma condenação por narcotráfico. As pesquisas já mencionadas neste trabalho certificam tal fato, na medida em que “A maioria esmagadora das decisões conclui pela possibilidade de acatar o depoimento policial como prova ou mesmo que a prova se limite a ele [...]”<sup>57</sup> e que “Raros são os casos, conforme já apontado neste Relatório, em que há oitiva de outras testemunhas dos fatos [além dos policiais], que poderiam contribuir

<sup>55</sup> VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D’Placido., 2017. p. 508.

<sup>56</sup> O princípio da paridade de armas pode assim ser conceituado: “[...] é a igual distribuição, durante o processo Penal - desde sua fase pré-judicial até a executiva - aos envolvidos que defendam interesses contrapostos, de oportunidades para apresentação de argumentos orais ou escritos e de provas com vistas a fazer prevalecer suas respectivas teses perante uma autoridade judicial.” (VIEIRA, Renato Stanziola. **Paridade de armas no processo penal: do conceito à aplicação no direito processual penal brasileiro**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02082017-140733/publico/Dissertacao\\_INTEGRAL\\_Renato\\_Stanziola\\_Vieira.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02082017-140733/publico/Dissertacao_INTEGRAL_Renato_Stanziola_Vieira.pdf). Acesso em: 17 maio 2022. p. 189).

<sup>57</sup> SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento**. 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 187.

para o seu esclarecimento.”<sup>58</sup>

Com isso, o grande valor dado aos depoimentos policiais - que inegavelmente estão interessados na validação de suas condutas (afinal, são eles quem apreenderam a droga e primeiro noticiaram o crime) - torna praticamente inviável que uma pessoa acusada por tráfico de drogas não seja, ao final, condenada.

A prisão, antes provisória, passa a ser definitiva e as chances de o sistema carcerário brasileiro ser desafogado se esvaem cada dia mais.

## 5 CONCLUSÃO

O modelo proibicionista é predominante no mundo. Tem por objetivo, através da repressão criminal, a proibição de todas as condutas que envolvem as drogas tornadas ilícitas. A adoção desse modelo pela política criminal de drogas brasileira traz consequências determinantes ao sistema carcerário.

As mudanças nas Leis de Drogas favoreceram que a exceção (prisão) se tornasse regra: o aumento no número de condutas que caracterizam a traficância e a estipulação de penas altas deu ao julgador um leque interpretativo para justificar a necessidade do afastamento do indivíduo da sociedade.

O pânico moral justifica essa segregação, uma vez que consiste em um enorme alarde exagerado em cima de uma figura específica que se torna o maior responsável pelos males que acontecem na atualidade. São criados estereótipos a partir de generalizações e simplificações acerca da pessoa do traficante. Assim, tem-se um risco social que necessita de uma providência urgente (o cárcere) para evitar o desastre.

Além disso, desde a edição da Lei nº 11.343/06, houve um aumento massivo do encarceramento. A despenalização do porte para uso pessoal, em primeiro momento, foi vista como positiva, mas, no decorrer do tempo, percebeu-se que nas abordagens policiais havia uma seleção de quem seria considerado usuário e quem seria considerado traficante, já que a lei não definiu uma quantidade para as duas situações. Com isso, o que foi constatado é que, pelo fato de não se poder mais prender o usuário, houve uma tendência a enquadrá-lo como traficante.

Por fim, foram identificadas duas contradições que despertaram a atenção: (i) a fragilidade das imputações *vs.* consequências desproporcionais e (ii) a gravidade atribuída ao

---

<sup>58</sup> JESUS, Maria Gorete Marques; CALDERONI, Vivian (Coords.). **Prisão provisória e lei de drogas no Brasil:** identificando os obstáculos e oportunidades para maior eficácia: um estudo sobre os flagrantes. São Paulo: NEV, 2011. p. 80.

tráfico vs. precariedade de investigação e de provas. E o resultado dessas contradições é uma alta taxa de condenação, que, por consequência, resultou no aumento do encarceramento.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Tarso. Drogas: proibir é legal?. **Superinteressante**, 31 out. 2016. Disponível em: <https://super.abril.com.br/historia/drogas-proibir-e-legal/>. Acesso em: 17 maio 2022.

BOITEUX, Luciana et al. **Sumário Executivo Relatório de Pesquisa "Tráfico de Drogas e Constituição"**. Rio de Janeiro; Brasília: Ministério de Justiça, 2009. Disponível em: [pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando\\_Direito3.pdf](https://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando_Direito3.pdf). Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. **Código Penal** - Decreto-Lei n. 2848 - 7-12-40. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1941. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-pe.pdf>. Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República. [1991]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%20847%2C%20DE%2011%20DE%20OUTUBRO%20DE%201890.&text=Promulga%20o%20Codigo%20Penal.&text=Art.,que%20n%C3%A3o%20estejam%20previamente%20estabelecidas](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%20847%2C%20DE%2011%20DE%20OUTUBRO%20DE%201890.&text=Promulga%20o%20Codigo%20Penal.&text=Art.,que%20n%C3%A3o%20estejam%20previamente%20estabelecidas). Acesso em: 20 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2021]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. **Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915**. Promulga a Convenção Internacional do Opio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assinados na Haya, a 23 de Janeiro de 1912. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/D11481.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D11481.html). Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. **Decreto nº 20.930, de 11 de janeiro de 1932**. Fiscaliza o emprego e o comércio das substâncias tóxicas entorpecentes, regula a sua entrada no país de acordo com a solicitação do Comité Central Permanente do Opio da Liga das Nações, e estabelece penas. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 16 jan. 1932. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decree/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html>. Acesso em: 17 maio 2022).

BRASIL. **Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964.** Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. Brasília, DF: Presidência da República, 1º set. 1964. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Atos/decretos/1964/D54216.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1964/D54216.html). Acesso em: 17 maio 2022).

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm). Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988.** Brasília, DF: DANC, 5 out. 1988, p. 14380-14382. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Presos em Unidades Prisionais no Brasil** - período de janeiro a junho de 2021. Brasília, DF: DEPEN, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWlYjI3MTktNDZiZi00YjVhLWFjN2EtMDM2NDdhZDM5NjE2IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 344, de 12 de maio de 1988.** Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 15 maio 1998. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344\\_12\\_05\\_1998\\_rep.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html). Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **HC 42752.** Relator: Min. Antonio Villas Boas. Data de Julgamento: 22/03/1966. Data de Publicação: 24/06/1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Habeas Corpus 104.339 São Paulo.** Data de Julgamento: 10/05/2012. Data de Publicação: 06/12/2012. Disponível em: [portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=114367777&ext=.pdf](http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=114367777&ext=.pdf). Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 DF.** Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 09/09/2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 17 maio 2022.

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

FARIAS, R. Cordeiro de. **As toxicomanias no após-guerra**. Palestra feita no Rotary Club do Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 1945. Disponível em: <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/15037/v25n7p580.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 17 maio 2022.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Histórico-drogas. *In*: SANTOS, Christiano Jorge (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. Tomo VIII. Histórico-drogas. Vicente Greco Filho; João Daniel Rassi. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/historico-drogas\\_5f3fdf4ad1c72.pdf](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/historico-drogas_5f3fdf4ad1c72.pdf). Acesso em: 17 maio 2022.

INTERNATIONAL NARCOTICS CONTROL BOARD - INCB. **Report**. [S. l.]: INCB, 2011. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics\\_drugs/INCB/INCB%202011/2011\\_INCB\\_ANNUAL\\_REPORT\\_portuguese\\_References\\_to\\_Brazil\\_PDF.pdf](https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_drugs/INCB/INCB%202011/2011_INCB_ANNUAL_REPORT_portuguese_References_to_Brazil_PDF.pdf). Acesso em: 17 maio 2022.

JESUS, Maria Gorete Marques; CALDERONI, Vivian (Coords.). **Prisão provisória e lei de drogas no Brasil**: identificando os obstáculos e oportunidades para maior eficácia: um estudo sobre os flagrantes. São Paulo: NEV, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: volume único. 8. ed. São Paulo: Editora Juspodium, 2020.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: anotada e interpretada. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

MIGOWSKI, Eduardo. Das Ordenações Filipinas ao Código Criminal de 1830. **Justificando**, 12 out. 2018. Disponível em: <https://www.justificando.com/2018/10/12/das-ordenacoes-filipinas-ao-codigo-criminal-de-1830/>. Acesso em: 17 maio 2022.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 17 maio 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (16. Câmara de Direito Criminal). **Apelação Criminal 0002257-37.2017.8.26.0540**. Relator(a): Marcos Alexandre Coelho Zilli. Data do Julgamento: 28/04/2020. Data de Registro: 28/04/2020.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Comentários ao pacote anticrime**. 1 ed. São Paulo. Atlas. 2020.

TORON, Alberto Zacharias. Revistas e Periódicos. A proteção constitucional da intimidade e o artigo 16 da Lei de Tóxicos. **Revista da Associação dos Advogados de São Paulo - AASP**, v. 35, 1991. Disponível em:  
[https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista\\_advogado/paginaveis/35/22/index.html](https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/35/22/index.html).  
Acesso em: 17 maio 2022.

VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Placido., 2017.

VIEIRA, Renato Stanziola. **Paridade de armas no processo penal: do conceito à aplicação no direito processual penal brasileiro**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em:  
[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02082017-140733/publico/Dissertacao\\_INTEGRAL\\_Renato\\_Stanziola\\_Vieira.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02082017-140733/publico/Dissertacao_INTEGRAL_Renato_Stanziola_Vieira.pdf). Acesso em: 17 maio 2022.

## TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Antonella Santilli Pizzotti, discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 3173542-8, período matutino, turma B, tendo realizado o TCC com o título: A criminalização da comercialização de entorpecentes no Brasil: a evolução do proibicionismo e sua relação com o fácil encarceramento sob a orientação do(a) Professor(a) Ivan Luís Marques declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 21 de maio de 2022.



---

**Assinatura do discente**



