

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”

GUSTAVO HENRIQUE SANTOS DUTRA

**TRAFICANTE POR INTERPRETAÇÃO: A AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS
OBJETIVOS PARA A DISTINÇÃO ENTRE O USO E O TRÁFICO**

UBERLÂNDIA

2025

Gustavo Henrique Santos Dutra

Traficante por interpretação: A ausência de critérios objetivos para a distinção entre o uso e o tráfico

Trabalho de Conclusão apresentado à Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Simone Silva Prudêncio

UBERLÂNDIA

2025

Ficha Catalográfica Online do Sistema de Bibliotecas da UFU
com dados informados pelo(a) próprio(a) autor(a).

D978 Dutra, Gustavo Henrique Santos, 2001-
2025 Traficante por interpretação: a ausência de critérios objetivos
para a distinção entre o uso e o tráfico [recurso eletrônico] /
Gustavo Henrique Santos Dutra. - 2025.

Orientadora: Simone Silva Prudêncio.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade
Federal de Uberlândia, Graduação em Direito.

Modo de acesso: Internet.

Inclui bibliografia.

Inclui ilustrações.

1. Direito. I. Prudêncio, Simone Silva, 1972-, (Orient.). II.
Universidade Federal de Uberlândia. Graduação em Direito. III.
Título.

CDU: 340

Bibliotecários responsáveis pela estrutura de acordo com o AACR2:

Gizele Cristine Nunes do Couto - CRB6/2091

Nelson Marcos Ferreira - CRB6/3074

GUSTAVO HENRIQUE SANTOS DUTRA

**TRAFICANTE POR INTERPRETAÇÃO: A AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS
OBJETIVOS PARA A DISTINÇÃO ENTRE O USO E O TRÁFICO**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela
Banca Examinadora para obtenção do título de
bacharel em Direito, no curso de graduação da
Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da
Universidade Federal de Uberlândia.

Uberlândia, 09 de setembro de 2025

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Simone Silva Prudêncio - Orientadora
Universidade Federal de Uberlândia

Prof. Dr. Gustavo de Carvalho Marin - Examinador
Universidade Federal de Uberlândia

AGRADECIMENTOS

Assim que comecei a escrever, por um momento, acreditei que os agradecimentos seriam o mais difícil a ser escrito. Mas, quase que de imediato, o texto começou a fluir e ficou pronto antes mesmo de qualquer outra parte deste trabalho.

Primeiramente, gostaria de agradecer a minha mãe, que teve como principal objetivo me ajudar para ingressar em uma Universidade Pública. Foi a primeira da família a concluir uma graduação em uma instituição pública e federal. Sem você eu não estaria onde estou hoje. Sou eternamente grato por todo o carinho e dedicação. Em segundo lugar, quero agradecer ao meu pai, por ter proporcionado o auxílio para que eu continuasse a graduação, sobretudo me levando e buscando nas aulas durante quase toda a graduação.

Gostaria de agradecer também a toda a equipe da 3ª Vara Criminal de Uberlândia, o primeiro local em que tive o prazer de estagiar nessa árdua jornada. Meus sinceros agradecimentos, sobretudo, ao Dr. André Ricardo Botasso, o primeiro Juiz que encontrei na vida e me fez reinterpretar o conceito que eu tinha não apenas do Poder Judiciário, mas que o espaço de trabalho pode ser sério e divertido ao mesmo tempo.

À Isabela Souza Guerra, que foi minha parceira de gabinete e me salvou mais vezes do que eu consigo contar. Foi um prazer trabalhar ao seu lado e levar seus ensinamentos para toda a vida.

Quero agradecer ainda a minha amiga, Danielly Lima Gregório, que com seu jeito um pouco bravo sempre me acolheu nos momentos que eu mais precisava.

Ainda, quero deixar meus agradecimentos à Alysson Oliveira Vilela, por ter contribuído não apenas para minha jornada no direito, mas também na vida. Sem seu maior conselho, não sei o que seria de mim hoje. Todos os dias lembro as exatas palavras que você me disse sem ganhar nada em troca.

Não poderia deixar de agradecer também às pessoas que conheci em meu segundo estágio na Defensoria Pública de Minas Gerais. Agradeço a toda equipe do gabinete da família que primeiro me acolheu, ao Dr. Robson Mendonça, à Marcella Vaz, Julia, Ana Flávia e Lillian.

Meus agradecimentos à equipe do Gabinete 203. Ao Dr. Pablo Henrique Pimenta, um exímio Defensor Público que no meu primeiro dia de estágio reacendeu o sonho de ser Defensor Público adormecido dentro de mim. À Danielle Babos, uma pessoa tão leve e acolhedora, responsável por tornar meus dias ainda mais alegres. À Ana Carolina, minha parceira de estágio, companhia de risadas e conversas diárias. À Giovanna Sorna, minha outra companheira de

estágio e de surtos no Whatsapp por conta dos processos. Você, mesmo sem saber, me incentivou a crescer mais e mais.

À minha psicóloga, Mônica Almeida, que me ajudou a operar um verdadeiro milagre em mim. Nunca desistiu de mim e, em meio a muito choro e reflexões, me ajudou a enxergar a vida de uma maneira totalmente diferente.

À Laura Silva Dulci, uma amizade singela que se tornou uma verdadeiro laço de irmãos. Não tenho palavras para descrever o quão grato sou por ter te conhecido naquele curso de Francês. Às vezes me pego pensando se não foi um encontro de almas pelo destino.

Quero agradecer também a pessoas incríveis que tive o prazer de conhecer na Universidade Federal de Uberlândia, principalmente, à Gabriela Prado Silva e Nayara da Silva Lima. Vocês tornaram a graduação um lugar muito melhor e me ajudaram a chegar aonde estou hoje. Às amigas que fiz pelo caminho, Annelise Moura, Nathalia Oliveira, Ana Luiza e Ana Júlia e Hemily. Vocês foram essenciais para moldar quem eu sou hoje e agradeço por cada momento que pude passar ao lado de vocês.

À minha orientadora, Simone Silva Prudêncio, que embarcou nessa jornada comigo e me incentivou a concluir esse trabalho quando acreditei que não conseguiria.

Quero agradecer também ao Universo, que colocou todas essas vivências e pessoas incríveis na minha vida. Sem elas, nada disso teria sido o mesmo. Se pudesse voltar no tempo e fazer tudo igual, faria sem pensar uma vez sequer.

Por fim, quero agradecer a mim mesmo, por nunca ter desistido e batalhado todos os dias para continuar seguindo em frente.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar criticamente a ausência de critérios objetivos na diferenciação entre usuário e traficante de drogas, à luz da Lei nº 11.343/2006, responsável por legitimar decisões baseadas em juízos subjetivos, afetando princípios basilares do ordenamento jurídico atual, como a legalidade e a segurança jurídica. Parte-se de uma breve contextualização histórica da política de drogas, demonstrando como, desde as Ordenações Filipinas até a atual legislação brasileira, o punitivismo esteve intrinsecamente ligado à repressão de grupos marginalizados. Em seguida, o estudo examina os tipos penais previstos nos artigos 28 e 33 da Lei de Drogas, destacando a confusão normativa gerada pela amplitude das condutas tipificadas e pela ausência de parâmetros legais objetivos. Discute-se, ainda, a discricionariedade na judicial e, principalmente, na prática policial, evidenciando como ela pode ser influenciada por fatores subjetivos e reforçar a seletividade penal. A partir da análise da Nota Técnica do Instituto Igarapé e do julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659 pelo Supremo Tribunal Federal, o artigo aborda a necessidade de estabelecer limites mais claros e objetivos para a diferenciação entre usuário e traficante, visando garantir maior segurança jurídica e coerência na aplicação da norma penal.

Palavras-chave: Lei de Drogas; Usuário; Traficante; Discricionariedade; Segurança Jurídica; Política criminal.

ABSTRACT

This article aims to critically analyze the absence of objective criteria in distinguishing between drug users and drug traffickers, in light of Law 11,343/2006, which legitimizes decisions based on subjective judgments and affects fundamental principles of the current legal system, such as legality and legal certainty. It begins with a brief historical contextualization of drug policy, showing how, from the Philippine Ordinances to the current Brazilian legislation, punitivism has been intrinsically linked to the repression of marginalized groups. The study then examines the criminal offenses defined in Articles 28 and 33 of the Drug Law, highlighting the normative confusion caused by the broad scope of criminalized conduct and the lack of objective legal parameters. The article also discusses the discretionary power in judicial and especially police practices, demonstrating how it can be influenced by subjective factors and reinforcing penal selectivity. Based on the analysis of the Technical Note from the Igarapé Institute and the judgment of Extraordinary Appeal No. 635,659 by the Federal Supreme Court, the article addresses the need to establish clearer and more objective limits for distinguishing between users and traffickers, aiming to ensure greater legal certainty and coherence in the application of criminal law.

Keywords: Drug Law; User; Trafficker; Discretion; Legal Certainty; Criminal policy.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA ACERCA DO PROIBICIONISMO DAS DROGAS.....	10
3. A LEI DE DROGAS E A AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS	14
3.1. Uma breve análise da Lei 11.343/06	14
3.2. A distinção legal entre usuário e traficante segundo a Lei 11.343/06.....	17
3.3. Uma tentativa de elaborar de critérios objetivos: Nota técnica do instituto Igarapé	21
4. A DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DA LEI DE DROGAS	22
4.1. Conceito e limites da discricionariedade no processo penal	22
4.2. O problema da discricionariedade policial	26
5. CONSEQUÊNCIAS DA AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS: O ENCARCEIRAMENTO EM MASSA E A FALTA DE SEGURANÇA JURÍDICA	28
6. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659: UMA OPORTUNIDADE DE MUDANÇA	30
7. CONCLUSÃO.....	33
8. REFERÊNCIAS:	35

1. INTRODUÇÃO

A distinção entre o porte de drogas para consumo pessoal e o tráfico ilícito de entorpecentes é uma das questões mais delicadas e controversas da aplicação da Lei de Drogas no ordenamento jurídico brasileiro. Embora tenha sido criada duas categorias distintas para o usuário (art. 28 da Lei 11.343/06) e para o traficante (art. 33 da Lei 11.343/06), na prática, a ausência de critérios objetivos para a diferenciação das duas condutas tem corroborado não apenas para decisões judiciais subjetivas, mas interpretações baseadas em experiências individualizadas por parte dos operadores do direito de um modo geral.

Dessa forma, mesmo que o Legislador tenha ofertado critérios que auxiliem o magistrado a reconhecer um cenário de porte para consumo (art. 28, §2º, da Lei 11.343/06), a valoração dos critérios ali elencados, mesmo nos melhores dos casos, tem apresentado certo grau de subjetividade, ao passo que, para um juiz uma situação pode ser configurada como tráfico e para outro ser enquadrado como uso a depender da situação analisada e da valoração dos critérios empregada.

A questão ganha ainda mais relevância, sobretudo, diante do expressivo número de prisões por tráfico de drogas no país. De acordo com o Relatório de Informações Penais (2024), entre os mais de 670 mil presos no Brasil, aproximadamente 174 mil encontram-se presos por crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes. Esse dado, em conjunto com o exposto, levanta dúvidas sobre quantos desses indivíduos realmente praticaram atos de comercialização de drogas e quantos, na realidade, portavam substâncias para consumo próprio, mas que foram enquadrados equivocadamente como traficantes, com fundamentos em critérios vagos, como a natureza e quantidade as substâncias apreendidas, o local e as condições da ação, as circunstâncias sociais e pessoais do agente, bem como a conduta e os antecedentes.

A vista do exposto, tem-se uma abertura problemática para a discricionariedade judicial em um dos campos mais sensíveis do direito, isto é, o penal, em que, a depender da interpretação do magistrado, uma mesma conduta poder ser enquadrado como uma infração penal mais branda, com penas em sua maioria de cunho educativo, ou com uma sanção mínima de 5 (cinco) anos de reclusão, com o máximo de 15 (quinze) anos, equiparado a hediondo.

Essa incerteza compromete princípios constitucionais basilares do ordenamento jurídico atual, tais como legalidade, isonomia e segurança jurídica, além de reforçar estigmas a qual a

população negra, pobre e periférica é submetida diariamente, demonstrando uma seletividade penal exacerbada.

Diante disso, o presente artigo tem por finalidade analisar de que forma a ausência de parâmetros objetivos para a diferenciação entre usuário e traficante na Lei 11.343/06 confere uma margem excessiva de interpretação a atuação jurisdicional, ferindo assim princípios fundamentais da Constituição Federal. Para tanto, será empregado o método dedutivo e adotará uma abordagem qualitativa, de cunho teórico-jurisprudencial, tendo como foco a análise crítica da aplicação da Lei 11.343/06.

Este artigo foi dividido em seis capítulos. O primeiro capítulo serve como uma introdução, oferecendo uma visão abrangente do tema e busca detalhar os objetivos e explicar como o trabalho está organizado. O segundo capítulo tem como foco apresentar um resumo da trajetória da cultura punitiva em relação às drogas, tanto no Brasil quanto em outros países. No terceiro capítulo, a Lei nº 11.343/2006 é analisada, com destaque para as questões penais ligadas ao porte para consumo próprio (art. 28) e ao tráfico de drogas (art. 33), bem como a diferenciação legal entre quem usa e quem vende drogas, conforme definido pela lei. Também é discutida a sugestão de critérios objetivos referente a quantidade de entorpecente a partir da Nota Técnica produzida pelo Instituto Igarapé.

O quarto capítulo concentra em explicar o conceito de discricionariedade, explorando como ela se manifesta tanto em âmbito judicial e suas implicações, bem como ela se manifesta na atuação administrativa da polícia durante a apreensão. No quinto capítulo será feita uma exposição acerca das consequências jurídicas e sociais ocasionadas pela falta de critérios objetivos para diferenciar usuários de traficantes. Por último, o sexto capítulo apresenta uma análise do julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659 pelo STF, que, de certa maneira, inovou ao sugeriu um critério claro baseado na quantidade da droga apreendida. A conclusão apresenta um fechamento dos principais assuntos e resultados debatidos e apresentados no artigo.

2. UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA ACERCA DO PROIBICIONISMO DAS DROGAS

Antes de adentrar na discussão central deste trabalho, isto é, a ausência de critérios objetivos para diferenciação entre o porte de entorpecentes para consumo pessoal do crime de tráfico de drogas, é de suma importância dar um passo para trás e compreender como se deu a evolução da política proibicionista acerca das drogas, tanto no Brasil, quanto no exterior.

No Brasil, o primeiro dispositivo legal responsável por regulamentar o uso dos tóxicos de maneira geral surgiu ainda no período do Brasil Colônia. As Ordenações Filipinas de 1603, dispositivo normativo vindo de terras portuguesas, ao proibir a posse e o porte, bem como o uso e distribuição de qualquer material considerado “venoso”, inaugurou, em território brasileiro, a política referente a proibição das drogas. Aos indivíduos que praticassem os atos descritos no tipo penal, era atribuída uma pena, caracterizada para a deportação para a África e, no caso de pessoas abastadas financeiramente, a perda da fazenda (Coffi, 2018, p. 12).

Apesar disso, conforme informa Coffi (2018, p. 12), a primeira norma verdadeiramente brasileira acerca do tema foi o Código Penal de 1890 (Decreto-lei 847/1890), criado no período do Brasil República. O diploma legal, em seu art. 159, tipificou as condutas de expor à venda ou ministrar substâncias tóxicas sem autorização ou formalidades prescritas nos regulamentos sanitários. Entretanto, o dispositivo normativo não tinha uma relação com a pose e tráfico de drogas como atualmente. O tipo penal, visava, sobretudo, instituir um crime próprio de pessoas que lidavam com substâncias tóxicas, tais como boticários e farmacêuticos.

O referido decreto, conforme informa Dornelles (2024, p. 27) apresentou uma forte discriminação em práticas sociais da comunidade negra. À título de exemplo, pode ser citado que, embora promulgado dois anos após a abolição da escravatura, o Código Penal de 1890 previu a criminalização de indivíduos sem ocupação e dos praticantes de capoeira, no capítulo intitulado “Dos vadios e capoeiras”.

A necessidade de repressão social ao uso das drogas como se tem hoje se deu no final do século XIX com a abolição da escravatura. Antes desse período, o uso de entorpecentes era, em sua maioria, exercido pelos negros, sendo um costume vindo diretamente da África. As substâncias eram empregadas, principalmente, na realização rituais religiosos. Dessa forma, como o uso das drogas era restrita as comunidades negras, a elite, mesmo que exercesse forte dominação cultural, não se preocupou com a regulamentação da questão, tendo em vista a crença de que a “cultura europeia” não seria impregnada por valores africanos (Coffi, 2018, 13).

Contudo, com a Lei Áurea no ano de 1888 e a consequente abolição da escravatura, a elite perdeu o poder que tinha de subjugar e controlar a cultura negra e, com isso, houve uma crescente preocupação em reprimir o consumo de entorpecentes, visando evitar que a população branca viesse a adotar costumes proveniente dos negros (Coffi, 2018, p. 13). Para isso, a maneira utilizada pela elite brasileira, com o objetivo de refrear a disseminação das drogas foi a estigmatização do uso de entorpecentes, exercendo verdadeira reprimenda social aos envolvidos.

A respeito da estigmatização, valiosas são as lições de Cruz e Costa (2021, p. 247) ao apresentar a visão do estigma de Goffman. Na perspectiva das autoras, um estigma

[...] parte da constatação de uma característica ou um conjunto de características indesejáveis em um indivíduo, suficiente para colocá-lo em uma posição inferior aos considerados normais. O estigma esvazia ou torna menos importante os demais atributos desse sujeito, em detrimento de uma homogeneização com os demais portadores do mesmo estigma. Em paralelo, constrói-se uma teoria do estigma, uma ideologia para explicar sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa para os normais [...]

Sob a perspectiva internacional as primeiras convenções criadas com o objetivo de combater às drogas tiveram seu início no século XX. A Convenção de Haia, firmada em 1912, foi o primeiro tratado internacional que teve como principal finalidade a proibição do uso do ópio para fins recreativos. Em território brasileiro, a primeira norma que penalizava estritamente a venda de drogas em um modelo primitivo do que se tem surgiu logo depois, na década de 1920, por meio do Decreto 4.294/1921, ao estabelecer repreensão aqueles que comercializassem ou ministrassem substâncias entorpecentes (Coffi, 2018, p. 14).

No ano de 1938, ainda no Brasil, o Decreto-Lei 891/1938 abriu alas para uma política sanitária do combate as drogas, mas, apenas com o Código Penal de 1940 houve uma sistematização aprofundada acerca da política brasileira antidrogas. Em suma, houve uma parcial equiparação entre a figura do usuário e do traficante no art. 281 do referido diploma criminal (Coffi, 2018, p. 14).

Cumprе ressaltar, ainda, que a proibição de drogas no Brasil tem uma estreita relação com a política proibicionista norte-americana. A questão norte americana teve origem com a Lei Seca, responsável por proibir o consumo de qualquer substância entorpecente, inclusive do álcool, visando refrear os avanços da cultura latino-americana na América do norte. Inclusive, na década de 1950 e 1960, houve uma forte repreensão estatal, ante ao aumento do consumo de entorpecentes como maconha e LSD por parte da cultura hippie (Coffi, 2018, p. 17).

Conforme menciona Dinu e Mello (2017, p. 199, apud, Luciana Rodrigues, 2006, p. 135/136), o marco divisor de águas ocorreu em 1964, em que houve uma clara divisão entre o modelo sanitário e modelo bélico na política criminal contra as drogas. O motivo, em grande parte, foi a influência por uma visão puritana, responsável por conferir legitimização necessária para uma cruzada, em sua maioria mora, contra os entorpecentes. Dessa forma, as populações marginalizadas passaram a ter uma repreensão ainda maior por parte do Estado.

Nesse sentido, ainda na década de 60, as drogas, antes vistas em sua maioria como pertencentes a cultura negra, começou a ganhar influências sob os jovens brancos de classe

média e alta. Como não poderiam ser tratados da mesma maneira que os traficantes, instaurou-se uma política diferente para o tratamento das duas classes. Enquanto os jovens brancos eram tratados como usuários-dependentes, os jovens marginalizados eram tratados como delinquentes, sendo aos últimos direcionada a maior reprimenda punitiva estatal (Dinu e Mello, 2017, p. 199).

Dessa forma, para os ricos, foi instaurado um modelo sanitário, marcado por um tratamento focado em curar a dependência química, enquanto aos pobres, a única “solução” ofertada era o cárcere ou a internação. Tal situação, demonstra uma seletividade por parte do poder punitivo, ao oferecer um tratamento diferenciado a jovens de classes sociais distintas. (Dinu e Mello, 2017, p.199).

Não obstante, conforme menciona Coffi (2018, p. 17), na década de 70, com a ascensão de Richard Nixon a presidência dos Estados Unidos, os entorpecentes foram declarados como o inimigo público número um, devendo ser combatidos a todo custo. Desse modo, os Estados Unidos deflagraram a criação de um verdadeiro modelo bélico de guerra às drogas. Sob a influência norte americana, o Brasil adotou uma política semelhante, sobretudo, no período de ditadura militar. Assim, as drogas, convenientemente, subiram ao patamar de inimigo a ser combatido, legitimando o poder de restringir direitos em prol da segurança nacional.

Apesar desse cenário, conforme informa Coffi (2018, p. 18/19), a Lei 6.368/1976, ao incorporar um discurso médico-jurídico, revogou as legislações pretéritas e, mesmo que timidamente, instaurou uma política de diferenciação entre a figura do usuário e do traficante. Assim, embora tenha mantido as ideias centrais do proibicionismo, o usuário passou a ser visto como aquele que necessitava de tratamento, ao passo que o traficante ficou submetido a um modelo de extrema censura, demonstrando a valorização da repreensão, ao invés da prevenção.

Com o fim da ditadura militar no Brasil e da Guerra Fria, os Estados Unidos insistiram na manutenção das políticas proibicionistas anteriores e colocaram o narcotráfico com novo inimigo público, em substituição à ameaça comunista, visando legitimar sua intervenção em países estrangeiros. Neste trilhar, no final da década de 1980, foi criada a Convenção de Viena, um tratado internacional que tratava, em sua maioria do narcotráfico e tinha como objetivo acabar com o cultivo de plantas que pudessem ser usadas na produção de drogas. No Brasil, o decreto foi internalizado no ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto 154/1991, nas palavras de Coffi (2018, p. 20).

Diante do exposto até aqui, é possível concluir que a política proibicionista acerca das drogas não surgiu, unicamente, como uma resposta à preocupação com a saúde pública, mas foi fortemente marcada por fatores sociais, raciais e culturais. No Brasil, desde as Ordenações

Filipinas até a influência das políticas norte-americanas, a criminalização das drogas caminhou lado a lado com a estigmatização e repressão de grupos sociais marginalizados, sobretudo, do povo negro. Assim, com essa base história estabelecida, é possível avançar para uma análise do atual dispositivo normativo que rege a política de drogas brasileira.

3. A LEI DE DROGAS E A AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS

Com o contexto do proibicionismo estabelecido, é possível avançar em direção ao ponto mais central da discussão, tomando por base o principal dispositivo legal que atualmente rege a política de drogas no Brasil: a Lei nº 11.343/06. Somente a partir da compreensão dessa base normativa é possível analisar, com precisão, as falhas e lacunas que contribuem para interpretações subjetivas e decisões judiciais inconsistentes.

Neste capítulo será explorado de modo mais sistematizado, como a Lei de Drogas tem sido discutida a partir de uma análise doutrinária, tomando por base autores que já se debruçaram sobre o tema. Ao final, no desfecho do artigo, será analisado, de maneira sucinta, se o modo no qual o tema é abordado pelos doutrinadores contribui para a criação de padrões objetivos.

3.1. Uma breve análise da Lei 11.343/06

Segundo a doutrina de Renato Brasileiro Lima (2021, p. 1019), a Lei de Drogas instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD). O referido sistema, conforme art. 1º, da Lei 11.343/06, tem como principal objetivo articular e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido de entorpecentes, bem como buscar a reinserção social daqueles que o usam, coibindo a produção e comercialização das drogas de modo geral.

Esse mesmo artigo deixa evidente que a Lei de Drogas tem como principal propósito conferir um tratamento jurídico diferente ao usuário e ao traficante de drogas. Esse entendimento decorre da premissa de que impor uma pena privativa de liberdade ao usuário em nada contribuiria para a solução do problema das drogas na sociedade hodierna, de maneira que o assunto deve ser tratado como uma questão de saúde pública e não um “caso de polícia” (Lima, 2021, p. 1.019).

Nesse sentido, a Lei 11.343/06 previu a figura de usuário e traficante em dois tipos penais distintos, sendo eles: o art. 28 e o art. 33. Tal diversificação, embora não seja a primeira na legislação brasileira, apresentou um salto significativo em relação aos dispositivos pretéritos,

sobretudo com relação a Lei 6.368/76, que previa para a figura do usuário de drogas uma pena de detenção de (seis) meses a 2 (dois) anos, além do pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Assim, em contrapartida a legislação anterior, a atual Lei de Drogas, com relação ao preceito secundário do art. 28, responsável por criminalizar o porte de drogas para o consumo pessoal, ao invés da pena de detenção, comina as seguintes penas: a) advertência sobre os efeitos das drogas; b) prestação de serviços à comunidade e c) medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo (Lima, 2021, p. 1.022).

Verifica-se, desta forma, uma nova perspectiva trabalhada pela Lei 11.343/06, ao adotar a educação como melhor caminho para tratar a dependência química. Entende-se que colocar um usuário no cárcere serviria apenas para contribuir com a superlotação dos presídios brasileiros e, de certa maneira, acabaria por aproximá-los de agentes que cometeram crimes mais graves, funcionando como uma espécie de “profissionalização” de criminosos (Lima, 2021, p. 1.022).

Segundo Lima (2021, p. 1.023), em razão dessa alteração, muito se discutiu na doutrina acerca da natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/06, isto é, se o porte de entorpecentes para o consumo pessoal deixou de ser crime. Foram formuladas três posições distintas pela doutrina que serão exploradas a seguir.

Uma parte entendeu que ocorreu a descriminalização formal do delito de porte de entorpecentes. Isso porque a Lei de Introdução ao Código Penal classificou como crime as infrações penais punidas com pena de reclusão ou detenção e a contravenção penal com pena de prisão simples e multa. De tal sorte, teria ocorrido uma espécie de descriminalização da conduta, uma vez que não foi cominada as penas descritas acima com consequência da prática do tipo penal. De acordo com essa corrente doutrinária estar-se-ia diante de uma infração *sui generis* (Lima, 2021, p. 1.023).

Por outro lado, há quem sustente que houve uma descriminalização substancial, abrindo alas para se falar em uma infração do Direito Judicial sancionador. Esse posicionamento, deriva diretamente da crença de que houve *abolitio criminis*, não mais pertencendo o art. 28 da Lei 11.343/06 ao Direito Penal, mas sim ao Direito judicial sancionador, uma vez que a sanção seria a transação penal (Lima, 2021, 1.023).

A terceira corrente, atualmente dominante, defende ter havido a despenalização, sem ter ocorrido a destituição da norma como crime. Em síntese, tal corrente sustenta que, em decorrência da adoção de medidas substitutivas ou alternativas em detrimento da antiga pena restritiva de liberdade, não houve a descaracterização da figura do usuário como crime, mas

apenas a atribuição de penas mais brandas, evitando o encarceramento do usuário (Lima, 2021, p. 1.023/1.024).

Inclusive, acerca do tema, Guilherme de Souza Nucci (2017p. 543), traz uma semente para uma nova concepção, defendendo que teria havido desprisionalização da conduta de uso de drogas. uma vez que as penas constantes no artigo ainda existiam, porém se tornaram mais brandas.

Feitas tais considerações, é possível ingressar em uma análise mais direcionada dos dois tipos penais mencionados anteriormente, examinando como eles se encontram positivados na legislação atual.

O artigo 28 da Lei 11.343/06 considera como crime as condutas de: a) adquirir; b) guardar; c) ter em depósito; d) transportar; e) trazer consigo. Em razão de sua classificação como tipo penal misto alternativo, embora o agente pratique mais de um verbo nuclear do tipo, responderá apenas como se tivesse praticado um único crime, desde que haja correlação entre as condutas (Lima, 2021, p. 1.028).

Para além disso, há também a exigência de um tipo subjetivo complementar, isto é, o dolo do agente, entendido este como vontade livre e consciente de praticar qualquer das condutas narradas no dispositivo legal sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Há, ainda, a existência de um tipo subjetivo especial, marcado pela intenção do agente de praticar um dos verbos núcleos do tipo visando o “consumo pessoal” do tóxico. Deste modo, é indispensável aferir se a droga tinha como destino o consumo pessoal ou se sua finalidade era estimular o consumo por terceiros (Lima, 2021, p. 1.029).

Lado outro, o artigo 33 da Lei 11.343/06, apresenta um escopo maior do que o apresentado pelo art. 28. Enquanto este último apresenta 5 (cinco) verbos nucleares do tipo, com a exigência de um tipo subjetivo e outro tipo especial, o primeiro apresenta um total de 18 (dezoito) condutas, conforme se verifica do artigo transcrito abaixo:

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:
Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Ao contrário do art. 28, que é imprescindível a presença de um tipo subjetivo específico (fim de uso), o art. 33 dispensa qualquer situação semelhante, bastando o dolo, caracterizado pela vontade livre e consciente de praticar qualquer um dos verbos nucleares do tipo. Inclusive,

conforme leciona Lima (2021, p. 1.056) o Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, considerou que é prescindível a realização de atos com a finalidade de venda do entorpecente para a caracterização do crime de tráfico de drogas.

Gabriel Habib (2018, p. 654), menciona a existência de um “especial fim de agir” como exigência para a configuração do crime de porte de drogas para consumo pessoal. Assim, como todos os verbos nucleares previstos no art. 28 da Lei 11.343/06 se encontram positivados também no tipo previsto no art. 33 da mesma lei, a diferenciação entre eles residiria no que restou chamado de especial fim de agir, correspondente ao elemento subjetivo do tipo “para consumo pessoal”.

Nucci (2017, p. 586) apresenta um posicionamento pertinente acerca do tema, sobretudo, com relação a figura do tráfico. Embora, com relação ao art. 33 da Lei 11.343/06 seja exigido apenas o dolo direto de cometer uma das ações previstas no artigo em questão, o autor sustenta que seria necessária uma finalidade específica para o tráfico, sendo essa a intenção de comercializar a droga.

No mais, Nucci (2017, p. 587/588) estabelece uma crítica sobre uma “amplitude excessiva” do tipo penal do art. 33 da Lei de Drogas. Segundo o autor, há um erro legislativo quanto a equiparação entre aquele que negocia efetivamente o entorpecente, visando o lucro daquele que apenas transporta a droga, sem qualquer intuito de lucro. Sustenta um aspecto problemático acerca do ônus probatório de que a droga seria para consumo pessoal. Assim, caso o indivíduo não conseguir demonstrar que a droga encontrada em seu poder é para o uso, acaba, na maioria das vezes, punido pelo crime de tráfico.

Portanto, analisando o exposto até aqui, é possível constatar que, embora a Lei 11.343/06 tenha representado um avanço significativo em relação às legislações anteriores, ao distinguir formalmente as figuras do usuário e do traficante, ainda persistem inconsistências estruturais que comprometem a efetividade de seu propósito. A ausência de critérios objetivos claros para a diferenciação, aliado à amplitude excessiva de condutas presentes no art. 33, somada à exigência probatória desproporcional imposta ao acusado abrem para uma confusão acerca da conduta perpetrada pelo agente. No próximo capítulo, será explorado como a própria Lei de Drogas oferece critérios para diferenciar traficantes de usuários.

3.2. A distinção legal entre usuário e traficante segundo a Lei 11.343/06

No capítulo anterior foi feita a distinção normativa entre os dois principais tipos penais relevantes para este estudo. Com essa base estabelecida, é possível avançar para a análise de como é feita essa diferenciação de acordo com a Lei 11.343/06.

Renato Brasileiro Lima (2021, p. 1.031) ensina que existem dois sistemas legais para distinguir a figura do usuário de traficante. Há o sistema da quantificação legal, em que é fixado uma quantidade diária responsável por indicar uma situação de consumo. Se, no momento da apreensão, foi verificado que há um montante maior do que o permitido em lei, o agente não será enquadrado como usuário, mas sim como traficante e vice-versa.

Há também o sistema da quantificação judicial. Ao invés de adotar uma quantidade diária como parâmetro, a análise acerca da situação fica sob responsabilidade do magistrado, que deverá, a luz do caso concreto, decidir qual o cenário mais adequado.

O legislador brasileiro optou por adotar o sistema de quantificação judicial, sendo, portanto, tarefa do Juiz a valoração dos fatos, para enquadrar a conduta praticada pelo indivíduo como uso ou tráfico (Lima, 2021).

Como uma maneira de auxiliar nesta tarefa, o legislador previu, no art. 28, §2º da Lei de Drogas, critérios para classificar quando a situação é referente ao consumo pessoal, responsável por classificar a conduta como porte para consumo e não tráfico. Para facilitar a compreensão e posterior explanação, o dispositivo legal será transcrito a seguir:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

(...)

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

A partir da leitura atenta do parágrafo supramencionado, conclui-se que, para diferenciar tráfico de uso, o intérprete deverá analisar cerca de quatro critérios, sendo eles: a) a natureza e a quantidade da substância apreendida; b) o local e as condições da ação; c) circunstâncias sociais e pessoais e d) a conduta e antecedentes do agente.

Esses critérios devem ser analisados em conjunto no caso concreto, não podendo a análise se restringir apenas a algum deles, sob pena de a decisão ser equivocada. Para melhor elucidar os fatos, é necessário compreender a que se refere cada critério especificadamente, bem como trazer exemplos a partir de uma situação prática (Lima, 2021, p. 1.031).

Com relação ao primeiro critério, referente a natureza e a quantidade da substância apreendida, Lima (2021, p.1.031) observa que este não pode ser analisado levemente. O

raciocínio comum seria o de que pequenas quantidades indicariam um cenário de uso, enquanto maiores porções levariam a crer que se tratava de tráfico.

Tal pensamento, na perspectiva do autor, conduziria a equívocos, uma vez que bastaria um traficante carregar consigo pequenas porções para descaracterizar totalmente sua conduta, mascarando-a como uso. Entretanto, embora reconheça que, assim como nos outros casos, não pode haver uma análise solitária deste único critério, a praxis forense indica que para a configuração do art. 28, é necessária uma pequena quantidade de substância apreendida. (Lima, 2021).

O segundo critério é referente ao local e as condições em que se deram a ação. Caso um indivíduo seja apreendido com drogas fracionadas em um local conhecido por intensa atividade criminosa ou um lugar caracterizado pelo tráfico intenso de entorpecentes, com apetrechos típicos da comercialização de drogas, tais como dinheiro, balança etc., a situação conduziria para uma situação de traficância (Lima, 2021, p.1.031).

O terceiro critério apresenta um aspecto problemático, uma vez que considera as circunstâncias sociais e pessoais do agente (Lima, 2021, p.1.031). Tal aspecto levaria em conta a condição econômica do indivíduo, de maneira que se for apreendido com uma grande quantidade de entorpecentes, sem possuir um porte econômico para justificar a quantia da droga, conduziria a análise tendente ao reconhecimento do tráfico.

Há, com relação ao quarto e último critério, sendo este a conduta e os antecedentes do agente, vários conflitos doutrinários quanto a sua utilização. Valer-se desse critério caracterizaria verdadeiro Direito Penal do Autor. Lima (2021, p. 1.031, apud, Samuel Miranda, p. 32, 2007), atesta que o fato de haver a valoração da conduta e dos antecedentes do investigado, acabaria por colocar o foco da análise em características subjetivas do agente, em detrimento da análise do fato.

Apesar disso, Lima (2021, p. 1.031) expõe não haver problema da valoração quanto a este último critério, caso a análise seja feita em consonância com os demais critérios elencados no §2º, do art. 28 da Lei 11.343/06. Caso um agente seja flagrado com várias pedras de um entorpecente em um conhecido local de venda de drogas, não haveria óbice que o magistrado valorasse os antecedentes do investigado em seu desfavor, concluindo por um cenário de tráfico.

Todavia, Lima (2021, p. 1.032) faz uma ressalva quanto ao ônus probatório. Embora o legislador tenha previsto critérios para a tipificação do delito do porte de entorpecentes, não é possível concluir automaticamente que a conduta se enquadra em tráfico caso não reste

comprovado que a droga era para o pessoal do agente. Ficaria uma impressão de que caberia ao réu provar que o destino da droga seria o uso, o que não corresponde à verdade.

Essa maneira de interpretar entraria em choque com o princípio da presunção de inocência, expressa pela máxima *in dubio pro reo*. Esse princípio age também como regra probatória e torna como dever da acusação o ônus de demonstrar a culpabilidade do denunciado, de modo que, havendo dúvida, inclusive quanto a destinação do entorpecente, a interpretação conferida ao cenário deve beneficiar o réu (Lima, 2021, p. 1.032).

Habib (2018, p. 663), acerca dos critérios elencados no art. 28, §2º da Lei 11.343, reforça que os parâmetros servem como baliza para determinar se a droga se destina ou não ao consumo pessoal. Todos devem ser analisados em conjunto e nunca de maneira isolada. Assim, o Juiz deve, casuisticamente, analisar a situação, valendo-se dos direcionamentos da lei para concluir se no processo discute-se uma questão referente ao tráfico de entorpecentes ou ao uso. Caso haja dúvidas acerca da destinação, deve haver a desclassificação do delito anteriormente imputado de tráfico para o previsto para porte para uso, em razão do princípio do *in dubio pro reo*.

Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 590) apresenta uma ideia de como a diferenciação tem ocorrido na jurisprudência, sobretudo, no tocante a desclassificação de tráfico para uso. A figura da desclassificação para o uso tem sido usada como manobra processual por inúmeros traficantes, visando uma condenação muito mais branda, enquanto usuários acabam, de maneira injusta, por serem condenados como se traficantes fossem. Entretanto, o autor faz a ressalva de que não há uma solução teórica única, de maneira que deve ser analisado as provas presentes nos autos.

Por conseguinte, Nucci (2017, p.591) menciona que a quantidade da droga apreendida, os antecedentes criminais do agente, desde que voltados para o tráfico e a droga apreendida em si tem sido adotados pela jurisprudência como critérios para a distinção (art. 28, §2º da Lei 11.343/06). Logo, caso o agente seja apreendido com uma grande quantidade de droga, bem como já tenha alguma condenação anterior por tráfico e visa a comercialização do entorpecente, há uma imensa probabilidade de ser traficante. Lado outro, caso o indivíduo seja apreendido com uma pequena quantidade de drogas, bem como não ostente condenação anterior por tráfico, mais provavelmente seria um usuário.

Dessa forma, é possível internalizar que, embora a Lei 11.343/06 tenha previsto critérios responsáveis por auxiliar os operadores do direito em distinguir uma conduta de porte para consumo e o tráfico de drogas, tais parâmetros ainda carecem de objetividade, abrindo margem para decisões que beiram a arbitrariedade. Assim, a opção legislativa pelo sistema de

quantificação judicial apresenta certos pontos que precisam ser revistos, uma vez que abre uma porta para decisões não apenas casuísticas, mas que podem ser diferentes a depender do intérprete responsável pelo julgamento. Faz-se, necessário, portanto, um aperfeiçoamento normativo a fim de garantir maior equidade, segurança e previsibilidade.

3.3. Uma tentativa de elaborar de critérios objetivos: Nota técnica do instituto Igarapé

A partir da sessão anterior, restou evidente que a própria legislação de drogas no Brasil tentou trazer uma diferenciação entre o uso e o tráfico, elaborando uma espécie de orientação ao magistrado (art. 28, §2º). Entretanto, embora sirva como parâmetro, a valoração das situações elencadas apresenta um caráter subjetivo, de maneira que um Juiz pode entender de uma maneira e outro de forma diversa, afetando a segurança jurídica.

Como uma tentativa de elucidar melhor a questão e contribuir para o debate, sobretudo acerca da quantidade de entorpecentes, o Instituto Igarapé elaborou uma nota técnica no ano de 2015, apresentando cenários para diferenciar situações de uso e de tráfico.

Mas, antes disso, é indispensável mencionar certos aspectos relevantes acerca da prisão dos usuários e traficantes. Na visão dos envolvidos na criação do estudo (Igarapé, 2015), grande parte dos presos provisórios e condenados no Brasil pelo delito de tráfico de drogas é composta por réus primários, que, no momento da apreensão, portavam pequenas quantidades de droga. Especificamente, no tocante a desclassificação do delito de tráfico para uso, é comum que os acusados aguardem presos provisoriamente por meses antes de uma decisão desclassificatória.

Feita essa breve explanação, é possível passar para o cerne do estudo. A pesquisa apresentou parâmetros relativos, tendo como base experiências internacionais acerca do consumo de entorpecentes e a própria Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Os parâmetros estabelecidos não são absolutos e, portanto, podem ser afastados pelo magistrado, caso os demais critérios legais indiquem umas situações diversas. O estudo, além das fontes citadas anteriormente, foi baseado, ainda, no acervo teórico fornecido pela Pesquisa Nacional sobre Uso de Crack e depoimento de profissionais da área médica e científica, bem como a opinião de usuários de drogas ilícitas, veleando-se do método Delphi (Igarapé, 2015).

Para melhor visualização, a tabela, com os respectivos critérios será incluída abaixo:

**Quantidades de porte de drogas para consumo próprio –
Cenários de Referência (consumo per capita)⁷**

Substâncias	Cenário 1	Cenário 2	Cenário 3
Maconha (gramas)	25g	40g	100g
Maconha (pés fêmeas florindo)	6 pés	10 pés	20 pés
Cocaína/Crack⁸ (gramas) ⁹	10g	12g	15g

Assim, na perspectiva dos elaboradores da nota (Igarapé, 2015), cada um desses três cenários poderia relativamente indicar porte de drogas para consumo próprio. Entretanto, conforme restou consignado na nota, estes devem ser avaliados com cautela, devendo ser, portanto, analisadas as circunstâncias da sociedade. A título de exemplo, de modo geral, os pesquisadores acreditam que para o cenário brasileiro, o mais indicado seria os cenários 2 e 3. Inclusive, alguns dos signatários da nota rejeitam o primeiro cenário, temendo uma resposta negativa.

A partir do exposto, é possível inferir que o estudo técnico do Instituto Igarapé representa um esforço importante para definir padrões concretos que ajudem a distinguir o usuário do traficante, com o objetivo de diminuir a interpretação pessoal na aplicação da Lei de Drogas. Mesmo que a sugestão, fundamentada em exemplos de outros países e informações do Brasil, não seja definitiva e precise da avaliação de cada situação pelo juiz, ela fornece referências mais nítidas para diferenciar o porte de drogas para uso próprio do comércio ilegal, principalmente quando se encontram pequenas quantidades.

4. A DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DA LEI DE DROGAS

4.1. Conceito e limites da discricionariedade no processo penal

A discricionariedade judicial, segundo o conceito trazido por Allan Endry Veras Ferreira (2022, p. 32), é um espaço em que o julgador está legitimado a criar uma solução para o caso concreto. A discussão acerca do tema teve forte desenvolvimento a partir dos ensinamentos de Herbert Hart, teórico responsável por apresentar o que chama de “textura aberta” do direito. Independente do sistema jurídico adotado, seja por meio dos precedentes ou

por meio da legislação positivada, sempre haverá uma certa margem de liberdade ao julgador, ante a imprecisão de certas proposições causadas pela própria linguagem.

Essa situação ocorre frente a impossibilidade do legislador de prever e, portanto, regular, todas as situações da vida. Logo, é comum no direito recorrer a termos abertos na construção das normas, visando abarcar o maior número de situações possíveis. Ferreira (2022, p. 32, apud, Dworkin, 2014, p. 32), explica que, a linguagem usada no contexto em questão será responsável por fixar condições necessárias que o objeto de estudo em questão esteja inserido na norma. Dessa forma, deixa-se para o momento da tomada de decisão um espaço de liberdade para o julgador atuar.

É justamente nesses casos em que o Juiz será responsável por aplicar o direito estabelecido, mas também acabará por criar um direito novo. Embora possa parecer problemático à primeira vista, Ferreira (2022, p. 34), explica que na concepção de Hart, o poder de criação do direito atribuído aos juízes é diferente do outorgado ao poder legislativo. Tal diferenciação reside, sobretudo, nas limitações impostas, ao passo que a discricionariedade conferida ao magistrado não pode inovar no ordenamento jurídico.

Entretanto, Hart faz uma ressalva quanto aos casos em que o direito não conseguirá oferecer uma resposta, de modo que, apenas nesses casos, os juízes exerceram um poder criador do direito. Apesar disso, mesmo nesses casos, esse poder de criação não poderá ser ilimitado e exercido com arbitrariedade, ao passo que o magistrado deverá justificar racionalmente suas decisões, agindo em conformidade com as proposições do legislador.

Essa discussão, apresenta relevância no presente caso, uma vez que a Lei 11.343/06 enquadra-se na classificação de normal penal em branco. Mirabete, leciona que:

As normas penais em branco são, portanto, as de conteúdo incompleto, vago, exigindo complementação por outra norma jurídica (lei, decreto, regulamento, portaria etc.) para que possam ser aplicadas ao fato concreto. Esse complemento pode já existir quando da vigência da lei penal em branco ou ser posterior a ela (Mirabete, Fabbrini, 2024, p. 88)

No caso específico da Lei de Drogas, tem-se que ela tira a sua complementação das resoluções editadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), principalmente, acerca de quais substâncias seriam consideradas como entorpecentes e, portanto, passíveis de punição.

Dessa maneira, em se tratando de normas penais abertas (em branco), Ferreira (2022, p. 39), sustenta que o fechamento do sentido desses dispositivos legais é feito por meio da interpretação judicial. Entretanto, essa atividade não pode ser uma valoração pessoal do julgador, sob pena de arbitrariedade.

No Direito Penal a questão referente a discricionariedade merece especial atenção, uma vez que este ramo do direito é regido principalmente pelo Princípio da Legalidade. Essa norma jurídica encontra-se prevista na Constituição Federal, no art. 5º, II, ao preceituar que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Já no ramo penalista, o princípio da legalidade é expresso no art. 1º do Código Penal, ao afirmar que: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Tal ditame pode ser encontrado, ainda, no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Nesse sentido, entende-se que apenas a lei produzida pelo legislador tem o condão definir crimes e impor penas (Ferreira, 2022, p. 29).

Em se tratando de matéria penal, o princípio da legalidade apresenta alguns desdobramentos importantes de serem compreendidos. Conforme ensina Juarez Cirino dos Santos:

*O princípio da legalidade é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito porque proíbe (a) a retroatividade como criminalização ou agravação da pena de fato anterior, (b) o costume como fundamento ou agravação de crimes e penas, (c) a analogia como método de criminalização ou de punição de condutas, e (d) a indeterminação dos tipos legais e das sanções penais (art. 5º, XXXIX, CR). O significado político do princípio da legalidade é expresso nas fórmulas de *lex praevia*, de *lex scripta*, de *lex stricta* e de *lex certa*, incidentes sobre os crimes, as penas e as medidas de proteção da legislação penal. (Santos, 2020, p. 44).*

Certamente a exigência de uma *lex certa*, consagrado no Princípio da Taxatividade, é a que apresenta maior influência. Conforme destaca Ferreira (2022, p. 30) deve haver uma tentativa de utilizar conceitos mais precisos, evitando a vagueza, visando estabelecer uma visão mais segura. Entretanto, é admitido um certo grau de generalização, uma vez que, conforme exposto, seria impossível criar uma norma que se aplicasse a todos os casos sem a necessidade de interpretação. Nesse aspecto, Santos (2020, p. 47), apresenta a noção de que, o princípio da legalidade exige um mínimo de determinação das proibições ou dos comandos legais penais.

Na mesma esteira, Ferreira (2022, p.31) menciona que as normas penais em branco são as que mais conflitam com o princípio da legalidade. Entretanto, os tipos abertos penais são

compatíveis com o princípio da legalidade, desde que haja limites concretos, baseados em critérios lógicos, técnicos ou de experiência. Assim, é exigida uma valoração por parte do julgador, devendo este juízo deliberativo ser ancorado em um critério geral fixado pela lei.

Referente a questão da interpretação do ordenamento jurídico, Ferreira (2022, p.36) destaca que o sistema de justiça tem um papel fundamental no assunto. Em sua perspectiva, o juiz, em caso de abertura de uma norma, não estaria, com fundamento em seu livre convencimento motivado, autônomo para decidir do zero uma questão, desprezando a integridade do direito.

Para tanto, o autor destaca a questão dos precedentes em um sistema baseado no *civil law*, como é o caso brasileiro. No Brasil, os precedentes têm sido usados como uma maneira de finalizar uma discussão, isto é, são usados como uma maneira de fixar um entendimento, visando a solução quase automática de casos. É de suma importância, salientar a diferença entre precedentes e jurisprudência. Conforme Ferreira (2022, p.37): “O precedente é construído a partir das razões generalizáveis do julgamento, significado, portanto, a *ratio decidendi*, ou seja, as razões necessárias e suficientes constantes da justificação judicial”. Lado outro, a jurisprudência corresponderia a uma repetição de julgados que interpretaram o direito de certo modo. Dessa forma, a jurisprudência atuaria na influência e persuasão, possuindo uma dimensão de quantidade.

Na experiência brasileira, dada a missão de unificar o direito, apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça teriam a competência para criar precedentes (Ferreira, 2022, p.37).

Assim, considerando a impossibilidade de erradicação da discricionariedade judicial, as cortes de justiça teriam um papel fundamental em sua limitação, agindo de maneira a diminuir os espaços vagos da norma, afastando a necessidade de interpretações diversas em casos semelhantes, assegurando a segurança jurídica e a isonomia (Ferreira, 2022, p. 41).

Portanto, é possível perceber que a discricionariedade judicial é, em certa medida, inevitável diante da natureza aberta da linguagem jurídica e da necessidade de elaboração de normas mais gerais, visando abarcar o maior número de situações possível. Entretanto, o espaço decisório conferido ao julgador deve ser exercido dentro dos limites racionais e jurídicos, pautado na integridade do direito. Nesse sentido, a atuação dos tribunais superiores na construção de precedentes que restrinjam a margem de interpretação é de fundamental importância, visando evitar decisões baseadas em juízos subjetivos.

4.2. O problema da discricionariedade policial

A questão da discricionariedade não fica apenas restrita ao âmbito judicial, sendo este fenômeno inerente a todos os ramos do direito em certo ponto. Na perspectiva trazida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2023, p. 498), para o exercício de sua função, a Administração Pública:

dispõe de poderes que lhe asseguram posição de supremacia sobre o particular e sem os quais ela não conseguiria atingir os seus fins. Mas esses poderes, no Estado de Direito, entre cujos postulados básicos se encontra o princípio da legalidade, são limitados pela lei, de forma a impedir os abusos e as arbitrariedades a que as autoridades poderiam ser levadas

A atuação da administração é tida como vinculada, uma vez que a lei em si não deixou opções, mas estabeleceu como o Administrador deve agir, deixando uma margem de liberdade decisória para ser verificada no caso concreto. Assim, a autoridade administrativa poderá optar, dentre as várias situações possíveis, aquela que melhor se enquadra em critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade e o próprio propósito da autoridade em si (Di Pietro, 2023, p. 498).

Embora possa parecer problemático em uma primeira análise, Di Pietro (2023, 498) complementa que, embora haja uma certa margem de liberdade, a discricionariedade não é, em sua totalidade, livre, uma vez que a lei impõe certos limites ao seu exercício. Logo, se a Administração ultrapassa esses limites, a decisão é considerada como arbitrária.

Em continuidade, há, segundo Di Pietro (2023, p. 500), três âmbitos de aplicação da discricionariedade. O que interessa para o presente trabalho é o segundo apontado por ela, sendo ele:

quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico

A discussão acerca do assunto ganha relevância quando o Poder de Polícia entra na jogada. Segundo a conceituação moderna apresentada por Di Pietro (2023, p. 316), o poder de polícia pode ser conceituado como: “atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”.

Para uma conceituação com mais elementos, a partir de indicações da autora traz pode ser usado o art. 78 do Código Tributário Nacional:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

No tocante ao exercício do poder de polícia, este se dá em duas principais áreas: a administrativa e na judiciária. Enquanto a primeira ostenta um caráter preventivo, a segunda apresenta um aspecto repressivo. Embora haja essa diferenciação, esta não é absoluta. (Di Pietro, 2023, p. 319).

Independentemente da classificação apresentada, é evidente que a polícia, de modo geral, na condição de servidores públicos, não está imune a questão do poder discricionário inerente a administração pública.

A questão, em si, merece atenção, uma vez que a polícia é a primeira a ter contato com os fatos e, ficará, até certo ponto, responsável por ilustrar o cenário de maneira clara o suficiente para possibilitar uma interpretação pelos operadores do direito. É a interpretação do agente policial que dará início, muitas vezes, a persecução penal, classificando uma situação fática como uso ou tráfico (Ribeiro; Romano, 2016, p. 346).

Inclusive, é essa interpretação inicial que moldará como a situação será enxergada pelo magistrado, pelo órgão acusatório e até pela própria defesa do acusado. Dessa forma, considerando que não há um parâmetro claro para diferenciação, fica a critério da autoridade policial a interpretação da situação. Conforme menciona Ribeiro e Romano (2016, p. 347):

Então, se um indivíduo porta 10 gramas de maconha e outro indivíduo porta 10 quilos, cabe ao policial decidir qual sujeito deve ser considerado traficante e qual deve ser considerado usuário. Ao contrário do senso comum, pode ser que o policial considere o sujeito com 10 quilos usuário e o que possuía 10 gramas se torna traficante. Não existe na lei uma regra que defina como o policial deve classificar esses dois casos dentro da normativa penal

Esse posicionamento é reforçado por Juliana de Oliveira Carlos (2015, p. 2, apud, Campos, 2013), menciona o depoimento de policiais como o principal responsável por determinar quando a pessoa apreendida na posse de entorpecentes será considerada como usuário ou traficante pelo sistema criminal.

O pensamento supramencionado, encontra-se em consonância com os resultados encontrados por Kalb e Stalb (2023, p.264) que, ao analisar cerca de 111 acórdãos do Tribunal

de Justiça de Santa Catarina, concluiu que, em apenas um caso houve a readequação para o tipo penal de uso de entorpecentes, de maneira que, na grande maioria dos casos, a discricionariedade usada pela autoridade policial foi responsável por delimitar qual o curso do processo. Frisa-se, inclusive, que em todos os casos, as únicas testemunhas foram os policiais militares que realizaram a prisão.

À vista disso, é possível observar que a discricionariedade é inerente tanto a atuação judicial quanto no âmbito administrativo, sobretudo, no exercício do poder de polícia. No que tange a Lei de Drogas, essa margem de liberdade interpretativa é especialmente sensível, uma vez que a ausência de critérios legais objetivos transfere ao agente policial a responsabilidade de classificar, já no momento da apreensão, uma conduta como uso ou tráfico. Tal interpretação inicial, muitas vezes é fundada em elementos subjetivos e acaba por influenciar todo o curso do processo penal, revelando uma preocupação concreta quanto à segurança jurídica e à justiça material das decisões.

5. CONSEQUÊNCIAS DA AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS: O ENCARCEIRAMENTO EM MASSA E A FALTA DE SEGURANÇA JURÍDICA

Até aqui, mesmo que de maneira sumária, já foi possível compreender alguns dos impactos e consequências tanto jurídicas quanto sociais da ausência de critérios objetivos na diferenciação entre usuário e traficante. Entretanto, nessa sessão, as repercussões serão mais delimitadas.

Inicialmente, a falta de parâmetros para se diferenciar usuário de traficante tem, conforme menciona Duque, França e Santos (2024, p.4), contribuído para aumentar a população carcerária, sobretudo no tocante ao tráfico de drogas. Conforme informa Carlos (2015), com a política de drogas instaurada pela Lei 11.343/06, houve, de fato, um aumento exponencial das prisões por tráfico. Entre 2005 e 2012 a população carcerária cresceu cerca de 51,6%, enquanto o número de pessoas presas por tráfico teve um aumento de cerca de 320%.

Esses dados são ainda mais expressivos, tomando por base os números fornecidos pelo Relatório de Informações Penais (RELIPEN), do 2º semestre de 2024. Segundo o estudo, a população prisional total no Brasil em 31/12/2024 era de 909.067 pessoas. Desta quantidade, cerca de 670.265 estavam em celas físicas. Com relação ao tráfico de drogas, aproximadamente 174.481 encontravam-se presos em presídios, sem contar os 24.094 presos por associação para o tráfico e cerca de 6.897 por tráfico internacional de drogas.

Esses números se demonstram problemáticos quando contrastados com quantidade de vagas disponíveis considerando as celas físicas. Existem apenas 494.379 vagas para celas físicas, apresentando um déficit de aproximadamente 175.886 entre a quantidade de presos e o número de vagas.

Agora, por um viés social, conforme Duque, França e Santos (2024, p. 3), há ainda uma disparidade de raças, de maneira que a probabilidade de uma pessoa negra ou parda ser classificada como traficante é maior do que uma pessoa branca. Na mesma senda, o estudo realizado por Carlos (2015, p. 3), valendo-se de uma pesquisa feita pelo Instituto Sou da Paz, a partir da análise dos dados coletados sobre 4.559 pessoas presas em flagrante no período de 1º de abril a 30 de junho de 2011, concluiu que cerca de 1.040 foram encarceradas em razão do tráfico de drogas. Desse montante, aproximadamente 60% eram não-brancos, entendidos esses como negros e pardos. Para além disso, Carlos (2015, p.4) asseverou que:

Tal fato se alinha com as conclusões de recentes pesquisas sociológicas, que vêm destacando o preconceito racial nas atividades dos agentes de aplicação da lei no Brasil. Sinhoretto, Silvestre e Schilitler (2014) discutem, por exemplo, como o uso da força por policiais do estado de São Paulo tem resultado em número desproporcional de mortes de negros e pardos, se comparado com o de brancos.

Esses números, minimamente, indicam um reforço da estigmatização social apresentada na conceituação história, de tal sorte que, desde a efetiva criminalização do uso de tóxicos, visando combater os chamados “costumes negros” até os dias de hoje, a seletividade penal encontra-se trabalhando intensamente.

Sob outra perspectiva, é inegável que essa abertura para valoração subjetiva se encontra em choque com o princípio da segurança jurídica. Segundo Di Pietro (2019, apud, Silva, 2006, p. 133), a segurança jurídica pode ser encarada como um conjunto de condições responsáveis por possibilitar que às pessoas, de um modo geral, tenham um conhecimento prévio das consequências de seus atos. Dessa forma, a segurança jurídica pode ser encarada tanto por um aspecto objetivo, marcado pela estabilidade das relações jurídicas e outros subjetivo, referente a proteção da confiança no ordenamento jurídico.

A ausência de critérios objetivos para a diferenciação é uma afronta ao princípio da segurança jurídica. Assim, como não há um possível grau de previsibilidade, um indivíduo apreendido com uma certa quantidade de droga, a depender não apenas do policial que realizar sua apreensão, mas também do magistrado que julgará seu caso, pode vir a ser condenado como tráfico ou desclassificada para a conduta de porte para consumo.

Portanto, nota-se que a ausência de critérios objetivos para a distinção entre usuário e traficante são responsáveis por gerar impactos significativos tanto no plano jurídico quanto no social. O crescente aumento da população carcerária, bem como os problemas decorrentes desse fenômeno, a seletividade penal, responsável por recortar uma parcela da sociedade já marginalizada e a violação do princípio da segurança jurídica são apenas a ponta do iceberg. O risco de haver decisões pautadas por interpretação subjetivas, que flertam com a arbitrariedade revelam a urgência no debate aprofundado sobre o assunto.

6. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659: UMA OPORTUNIDADE DE MUDANÇA

Acerca da questão da diferenciação entre usuário e traficante, o Supremo Tribunal Federal adotou um posicionamento que alavancou o debate acerca do tema, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659. Referida decisão representou um marco significativo na discussão acerca da política de drogas no Brasil. Em síntese, discutiu-se a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, responsável por criminalizar a conduta de posse de entorpecentes para consumo, além da necessidade de previsão de critérios objetivos para a distinção entre usuários e traficantes, visando, assim, reduzir a discricionariedade das autoridades na capitulação do delito.

Entretanto, antes de adentrar no cerne da questão, é imprescindível realizar uma contextualização acerca do caso em tela. O Recurso foi interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em favor do assistido Francisco Benedito de Souza. Conforme restou consignado do relatório, o réu foi condenado à prestação de serviços, nos termos do art. 28, II, da Lei. 11.343/06 em primeira instância. A denúncia narrou que foi encontrado cerca de 3 (três) gramas de maconha (*cannabis sativa*) na sela em que o denunciado estava cumprindo pena por outro delito. A decisão foi mantida quanto em recurso ao Colégio Recursal.

Em resumo, o recorrente sustentou que a criminalização do consumo pessoal de drogas seria uma violação ao art. 5º, X, da Constituição federal, invadindo a intimidade e a vida privada dos indivíduos. Sustentou, ainda, que o dispositivo constitucional protege as escolhas dos indivíduos em seu âmbito privado. Dada a importância da matéria, o Supremo reconheceu a repercussão geral do assunto.

Durante o julgamento, os Ministros manifestaram diferentes posicionamentos acerca do tema ao proferir seus votos. O Ministro relator, Gilmar Mendes, votou pela declaração de inconstitucionalidade, sem redução do texto, para afastar os efeitos de natureza penal do porte

de drogas passa consumo pessoa. Optou, ainda, por manter as medidas civis e administrativas. (Brasil, 2011). Entretanto, no ano de 2024, reajustou seu voto para restringir a inconstitucionalidade apenas à *cannabis sativa*. Na oportunidade, não fixou um critério objetivo para distinção entre usuário e traficante de maneira que a decisão, em tese, ainda caberia a discricionariedade dos agentes públicos (Dornelles, 2024).

Por sua vez, o Ministro Edson Fachin acompanhou o voto do relator, com a ressalva de que a descriminalização da conduta seria restrita ao porte de maconha (Oliveira; Souza, 2024). Apesar disso, não estabeleceu uma quantidade específica para diferenciar usuário de traficante, entendendo que isto seria atribuição do Congresso Nacional (Brasil, 2011). Na perspectiva de Dornelles (2024), ao optar por restringir a inconstitucionalidade apenas a maconha, o Ministro demonstrou certa resistência ao adotar medidas capazes de promover a redução de danos impostas aos usuários de droga.

Em consonância, o Ministro Luís Roberto Barroso também foi favorável à descriminalização, impondo um critério provisório referente a quantidade, inicialmente, indicando a quantia de até 25 gramas ou 6 plantas fêmeas de *cannabis sativa* como indicativo de uso (Oliveira; Souza, 2024). Tal critério usado pelo Ministro veio diretamente da experiência de Portugal para distinguir consumo de tráfico. Além disso, frisou que a discussão não se tratava de legalização propriamente dita, mas para estabelecer critérios objetivos para diferenciar o uso do tráfico. Apesar disso, o Ministro optou por revisar seu voto, expandindo a quantidade anteriormente fixada para 60 gramas, mantendo-se a restrição ao cultivo de até 6 plantas fêmeas (Dornelles, 2024).

No mesmo sentido foi o voto da Ministra Rosa Weber, posicionando-se a favor da descriminalização, sustentando os critérios elencados pelos demais Ministros, sobretudo, o fixado por Alexandre de Moraes (Brasil, 2011).

Em contrapartida, conforme informa Oliveira e Souza (2024, p. 264), os Ministros Cristiano Zanin, Nunes Marques e André Mendonça votaram contra a descriminalização. Entretanto, é digno de nota que o Ministro Zanin, embora tenha votado pelo improvimento do recurso, salientou pela necessidade de melhor diferenciar usuário de traficante. Apesar disso, de acordo com Dornelles (2024, p. 21), ao analisar o Voto do Ministro André Mendonça, concluiu que este expressou argumentos marcados de opiniões morais, sustentando que declarar a inconstitucionalidade seria o equivalente a legalizar as drogas, atitude essa, em tese, repudiada pelo Legislador.

Um dos votos mais simbólicos e mais importantes foi o proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes. De início, acompanhou o ministro Relator, para dar provimento ao

recurso extraordinário, de modo a atribuir interpretação conforme à Constituição ao art. 28 da Lei 11.343/06, excluindo, assim, a incidência do tipo penal em casos em que fosse apreendida maconha com um indivíduo (Brasil, 2011).

Neste trilhar, merece especial atenção a posição do Ministro com relação a diferenciação entre usuário e traficante. De plano, com fundamentos em dados práticos, demonstrou a seletividade penal, de modo que, no tocante ao tráfico de drogas, jovens negros e analfabetos são tratados com mais rigor. Em especial, conforme destaca Dornelles (2024, p.27), em sessão realizada em 20 de junho de 2024, o Ministro apresentou dados voltados para a realidade paulista, baseado em um levantamento feito no Estado de São Paulo, revelando que:

um jovem de aproximadamente 20 anos, não branco e analfabeto, que for abordado com 20 gramas de maconha, será considerado traficante, mesmo que não haja evidências adicionais de comercialização. Em contraste, um homem com mais de 30 anos, branco e graduado, só será classificado como traficante se estiver em posse de mais de 60 gramas de droga.

Para além disso, salientou que, em mais de 65% dos casos, a quantidade de entorpecente encontrada foi o fator determinante para considerar alguém como traficante de drogas. Assim, o Ministro Alexandre de Moraes propôs a fixação de 25 a 60 gramas ou 6 plantas fêmeas como presunção relativa de uso. A intenção por trás desses critérios, seria que estes sejam aplicados de maneira isonômica, independente de qualidades do sujeito, no tocante a idade, cor da pele ou escolaridade (Brasil, 2011).

De um modo geral, o recurso julgado pelo Supremo foi provido, com a consequente declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/06, afastando qualquer efeito de natureza penal do referido dispositivo. Merece destaque a passagem prevista no acórdão, que ilustrou, especificamente a questão: “O estado atual do sistema, caracterizado pela vagueza de conceitos jurídicos que podem importar a prisão de usuários, é incompatível com a ordem constitucional e com a própria intenção do legislador” (Brasil, 2011, p.4);

Ademais, restou consignada a tese de que será presumido usuário aquele que, com a finalidade de consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas (Brasil, 2011).

A presunção ostenta caráter relativo, de modo que a autoridade policial não está impedida de realizar a prisão em flagrante por tráfico, quando houver outros elementos que indiquem a finalidade de mercancia, tais como o acondicionamento das drogas, as circunstâncias da apreensão, a variedade das substâncias apreendidas e a apreensão de

apetrechos típicos do tráfico, tais como balança, registros comerciais, aparelho celular contendo contatos telefônicos de usuários ou traficantes. Nesses casos, restou fixado que o delegado de polícia deverá, no auto de prisão em flagrante delito, justificar as razões que afastariam a presunção do porte para uso, de maneira que este não poderá se valer de critérios subjetivos arbitrários para ratificar a prisão (Brasil, 2011).

Embora tenha sido fixado o critério limitativo de até 40 gramas de maconha, é imprescindível ressaltar que, o Juiz, em casos de apreensão de quantidades superiores ao limite imposto, não está impedido de concluir pela atipicidade da conduta, desde que haja prova suficiente da condição de usuário.

Ao final, ao que se infere do julgamento, foi feito um clamor aos Poderes Legislativo e Executivo para que sejam adotadas medidas administrativas e legislativas, visando melhorar as políticas públicas referentes ao tratamento do usuário, mudando o foco do Estado para uma abordagem multidisciplinar. Para além disso, o Supremo aclamou para o estabelecimento de políticas públicas voltadas não para a estigmatização, mas sim para a prevenção e tratamento.

Em síntese, o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659/SP pelo Supremo Tribunal Federal representou um marco importante na política de drogas brasileira, uma vez que reconheceu a inconstitucionalidade da criminalização da posse para consumo pessoal prevista no art. 28 da Lei 11.343/06, ainda que restrita à maconha (*cannabis sativa*). Entretanto, embora a decisão tenha avançado ao fixar um critério quantitativo objetivo (40 gramas ou seis plantas fêmeas como presunção relativa de uso), ainda persistem desafios práticos quanto à aplicação uniforme dessa diretriz.

A ausência de parâmetros objetivos permitia uma atuação discricionária pelos agentes envolvidos no processo, frequentemente guiada por estigmas sociais e raciais, como demonstrado pelos dados apresentados pelo Ministro Alexandre de Moraes. Dessa forma, a fixação de limites quantitativos visou reduzir essa seletividade estrutural, impondo um freio à arbitrariedade e incentivando uma abordagem mais isonômica e racional por parte do sistema de justiça criminal. Ainda assim, o próprio acórdão revela a necessidade de uma ação coordenada entre os Poderes da República para a construção de uma política de drogas mais eficaz, centrada na prevenção, na saúde pública e na dignidade da pessoa humana, em substituição ao punitivismo histórico que permeou o tratamento ao usuário no Brasil.

7. CONCLUSÃO

A análise apresentada ao longo do artigo permitiu compreender que a política de drogas no Brasil está longe de ser imparcial e puramente técnica, tendo em vista que carrega marcas históricas profundas. Desde o início da política proibicionista em território brasileiro o combate as drogas têm sido marcado por um estigma racial, com o objetivo de exercer controle e repressão social a grupos considerados marginalizados e vulneráveis, como a população negra e periférica.

Atualmente, embora tal estigmatização não seja muitas vezes escancarada como havia no passado, ela não deixou de se fazer presente na sociedade. De um modo geral, não houve mudanças significativas a ponto de ser possível perceber uma melhora. Em verdade, a política proibicionista se apresenta enraizada na prática social brasileira, que, por sua vez, apresenta reflexos importantíssimos na prática jurídica. É o que se percebe, por exemplo, quando se toma por base o perfil das pessoas usualmente abordadas pela polícia.

Apesar de a Lei 11.343/06 ter apresentado um avanço significativo no tocante a distinção entre usuário e traficante, o citado diploma legal ainda se demonstra insuficiente para lidar com o problema ao qual se propôs a resolver. Mesmo que tenha havido uma tentativa de distinção entre as figuras de traficante (art. 33) e usuário (art. 28), bem como a elaboração de critérios para essa distinção (art. 28, §2º), verifica-se que ainda existe uma margem em aberto não apenas para o magistrado, mas para todos os operadores do direito e aqueles que integram o sistema de justiça. Os próprios critérios balizadores abrem margem para interpretações subjetivas.

Como ficou evidente no capítulo 3, destinado ao estudo da Lei 11.343/06, a doutrina nacional, ao menos dos livros mais reconhecidos na área, comumente usados na preparação para concursos públicos daqueles agentes que vão integrar o sistema processual penal, tais como Juízes, Promotores, Defensores Públicos, Advogados, Policiais, entre outros, não demonstra uma reflexão crítica aprofundada sobre o assunto, limitando-se a reproduzir os dispositivos previsto na Lei de Drogas.

A falta de uma discussão profunda e progressista com relação ao assunto, sobretudo nos principais materiais acadêmicos, se demonstra um problema, uma vez que os integrantes do sistema de justiça muitas vezes terão uma formação jurídica limitada e condicionada a uma visão apenas legalista sem, contudo, exercer um pensamento crítico e sociológico acerca da questão.

Além disso, apesar da tentativa da sugestão de critérios para diferenciação entre o uso e o tráfico de entorpecentes como se verificou do estudo formulado pelo Instituto Igarapé e na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário

635.659, ainda há um campo aberto ao subjetivismo nas decisões e um longo caminho a ser perseguido para que tenhamos uma resposta efetiva. Não se deslegitima, por óbvio, os avanços supramencionados, todavia, mesmo no melhor dos cenários, as medidas ainda são insuficientes para lidar com questões estruturantes de tamanha importância.

Dessa forma, embora a discricionariedade judicial seja inerente ao ordenamento jurídico, principalmente a partir da impossibilidade de se criar uma norma que consiga agregar e reger todos os aspectos da vida, presentes ou futuros, esta não pode ser em demasia, sob pena de transformar-se em arbitrariedade. É necessário, em decorrência disso, uma atitude crítica com relação ao tema. Destaca-se, que na perspectiva que se tem, há ainda um longo caminho a ser percorrido.

8. REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 de jul. de 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 12 de jul. de 2025.

BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 12 de jul. de 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 635.659/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 22 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 12 jul. 2025.

CARLOS, Juliana de Oliveira. **Drug policy and incarceration in São Paulo, Brazil**. Relatório de Informações. International Drug Policy Consortium, set. 2015. Disponível em: <https://idpc.net/publications/2015/06/idpc-briefing-paper-drug-policy-in-brazil-2015>. Acesso em: 12 jul. de 2025.

COFFI, Pedro Pasquotto. **A ausência de critérios objetivos na Lei 11.343/2006**. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

COSTA, Perla Alves Bento de Oliveira; CRUZ, Fernanda Novaes. **É tudo ‘ganso’? A (in)distinção entre usuários e traficantes de drogas e seus limites na perspectiva dos policiais militares do Rio de Janeiro**. Dilemas, Rev. Estud. Conflito Controle Soc. Rio de Janeiro – Vol. 14 – nº 1 – jan/abr. 2021 – pp. 243-261. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/30713>. Acesso em 12 de jul. de 2025.

DINU, Vitória Caetano Dreyer; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. **Afinal, é usuário ou traficante? Um estudo de caso sobre discricionariedade e ideologia da diferenciação**. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 194-214, ago. 2017. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1155/1217>. Acesso em: 12 jul. 2025.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** – 36 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O STJ e o princípio da segurança jurídica**. Migalhas, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica>. Acesso em 12 jul. 2025.

DORNELLES, Jenifer Fernanda Moreira. **A ineficácia da política punitiva no combate ao tráfico de drogas**. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2024.

DUQUE, Daniel; FRANÇA, Michael; SANTOS, Alisson. **50 Shades of Guilt: Exploring the Role of Race in Drug Trafficking Indictment in Brazil**. SSRN. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4861741. Acesso em 12 jul. 2025.

FERREIRA, Allan Endry Veras Ferreira. **Legalidade Penal e discricionariedade judicial: o papel do sistema de justiça na aplicação do direito**. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. Recife, nº 14, p.23-52, 2022.

HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especiais**: Volume único – 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

INSTITUTO IGARAPÉ. **Critérios objetivos de distinção entre usuários e traficantes de drogas - cenários para o Brasil**. Rio de Janeiro, agosto de 2015. Disponível em: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2015/08/Nota-t%C3%A9cnica-Igarap%C3%A9-08-2015.pdf>. Acesso em: 12 de jul. 2025.

KALB, Christiane Heloisa; STAUB, Marcos Guilherme Dorneles. **Traficante ou usuário: a discricionariedade do delegado de polícia na aferição dos delitos da lei de drogas e sua consequência nos julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, v. 50, n. 2, p. 247–272, 2023. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/55631>. Acesso em: 12 jul. 2025.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2021.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Reanto N. **Manuel de Direito Penal: parte geral - arts. 1º a 120 do CP** - 36 ed. São Paulo: Editora Foco, 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas** – Vol 1. 10 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Christiane da Silva Souza de; SOUZA, Tatiana Lourenço Emmerich de. **Uma análise do julgamento do recurso extraordinário nº 635.659 no STF: o subjetivismo dos critérios para a distinção do porte de drogas para consumo pessoal no Brasil**. Revista Ratio Iuris, vol. 3, n.1, p. 260-270, 2024. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/rri/article/view/69264>. Acesso em: 12 jul. 2025.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; ROMANO, Pedro Machado de Melo. **Foi uso ou foi tráfico? A discricionariedade policial à luz da criminologia crítica**. RMMG – Revista

Médica de Minas Gerais, vol. 26, p. 345-350, dezembro de 2016. Disponível em: <https://rmmg.org/artigo/detalhes/2176>. Acesso em 12 de jul. de 2025.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral** – 9ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.