UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOÃO VICTOR DE MATOS SILVA

POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL: O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

Salvador
2024

JOÃO VICTOR DE MATOS SILVA

POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL: O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

Artigo apresentado ao Curso de Graduação da Universidade Católica do Salvador, como requisito parcial para a obtenção do Título de Graduado em Direito.
Orientador: Alan Roque Souza de Araujo.

Salvador
2024

POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL: O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

João Victor de Matos Silva[1]

Alan Roque Souza De Araujo[2]

RESUMO: A utilização de substâncias psicoativas é uma realidade que pode ser observada há milênios em diferentes civilizações e para os mais diversos fins, sejam estes, de cunho personalíssimo, ritualístico, religioso, terapêutico e/ou medicinais. Em contrapartida, vislumbra-se também que ao longo do tempo estas substâncias, popularmente conhecidas como drogas, passaram a ser combatidas pelo Estado, geralmente por meio do aparelho repressivo estatal, que, contudo, não tem sido exitoso em seus objetivos. Neste sentido, diante da evidente ineficácia estatal, que tem contribuído para a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, conforme análise dos dados pesquisados, é importante reavaliar estratégias para enfrentar os problemas causados pelo comércio ilícito de drogas, e, neste aspecto, busca-se compreender como o julgamento do Recurso extraordinário 635.659 pode impactar na população carcerária brasileira.

PALAVRAS CHAVE: Proibicionismo. Drogas. Encarceramento. Seletividade Penal. Recurso Extraordinário 635.659.

ABSTRACT: The use of psychoactive substances is a reality that can be observed for millennia in different civilizations and for the most diverse purposes, be they very personal, ritualistic, religious, therapeutic and/or medicinal. On the other hand, it can also be seen that over time these substances, popularly known as drugs, have come to be combated by the state, usually through the state's repressive apparatus, which, however, has not been successful in its objectives. In this sense, given the obvious inefficiency of the state, which has contributed to the overcrowding of the Brazilian prison system, according to an analysis of the data researched, it is important to re-evaluate strategies to tackle the problems caused by the illicit drug trade, and in this regard, we seek to understand how the judgment of Extraordinary Appeal 635.659 may impact on the Brazilian prison population.

KEYWORDS: Prohibitionism. Drugs. Imprisonment. Criminal Selectivity. Extraordinary Appeal 635.659.

---

[1] Graduando no curso de Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). E-mail: joaovm.silva@ucsal.edu.br

[2] Professor universitário. Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista Internacional em Segurança Pública pela UNEB e Universitá Degli Studi di Padova. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Cairu. Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Superior (UNYAHNA).

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. DA POLÍTICA DE DROGAS ADOTADA NO BRASIL: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA 2.1 O PROIBICIONISMO NO BRASIL E A LEI 11.343/2006 2.2. A PROBLEMÁTICA DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS: COMO DISTINGUIR USUÁRIO DE TRAFICANTE **3. ANÁLISE DOCUMENTAL DO SISDEPEN: IMPACTO DA LEI DE DROGAS PARA A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO** 3.1 POPULAÇÃO CARCERÁRIA ANTES E DEPOIS DA LEI DE DROGAS. 3.2 VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO POLICIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS **4. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POLÍTICA DE DROGAS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RE 635.659** 4.1 PERCURSO METODOLÓGICO EMPREGADO PARA ANÁLISE DO JULGAMENTO 4.2 DESCRIÇÃO DO JULGAMENTO 4.3 OS VOTOS DOS MINISTROS **5. IMPACTO DO JULGAMENTO DO RE 635.659 NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS.**

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho buscou compreender a configuração da Lei de Drogas sancionada em 2006 (Lei 11.343/2006), e, notadamente, quais são os seus reflexos no sistema penitenciário brasileiro.

É possível observar que, desde o início da vigência da Lei 11.343/2006, o número de pessoas privadas de liberdade em razão da Lei de Drogas, de forma provisória ou definitiva, teve um vertiginoso aumento, fator que contribuiu essencialmente para a superlotação do sistema carcerário. Prova disso, é que o Brasil tem hoje a terceira maior população carcerária do mundo, e, segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023)[3], o encarceramento por crimes ligados a drogas deu um salto de aproximadamente 300% desde a promulgação da referida lei.

Um dos fatores para esse aumento, consiste na ausência de determinação no dispositivo legal de uma característica mais objetiva, como a gramatura ou quantidade que sirva de limite para distinguir o porte para consumo do tráfico de drogas, conforme aponta Pedro Pasquotto Coffi.[4]

Embora a quantidade não seja o único fator considerado para configurar a prisão por tráfico de drogas, a ausência de critério quantitativo tem contribuído significativamente para a prisão de usuários como se traficantes fossem, em razão da

---

[3] Anuário Brasileiro de Segurança Pública / Fórum Brasileiro de Segurança Pública. – 1 (2006) -. – São Paulo: FBSP, 2023. 357 p.: il.

[4] COFFI, Pedro Pasquotto. A ausência de critérios objetivos na lei 11.343/2006. 2018. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Penal e Criminologia. Porto Alegre. 2018, P. 37.

seletividade penal no sistema de segurança pública brasileiro. Sendo assim, nas palavras de Luís Carlos Valois, tem sido fator importante na superlotação do já precário e abandonado sistema penitenciário[5], sendo causa de rebeliões, mortes e violências de todas as espécies.

Diante disso, através do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (Tema de Repercussão Geral nº 506), que questiona a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, se discute no Supremo Tribunal Federal a necessidade do estabelecimento de critérios menos discricionários para, nas palavras do Ministro Alexandre de Moraes, 'evitar que uma mesma conduta, dependendo do local, condição social da pessoa ou outros elementos, possa ser definida como tráfico ou como posse para uso pessoal' [6].

Neste sentido, ainda segundo Moraes (2023)[7], é importante que sejam estabelecidos critérios mais objetivos para a distinção entre traficantes e usuários, para que assim seja possível reduzir a discricionariedade policial quando do flagrante, bem como do Ministério Público quando da denúncia e da justiça quando da tipificação final da conduta.

Nesta senda, o problema de pesquisa que se busca responder com o presente artigo é como o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pode impactar na população carcerária brasileira. Defende-se, portanto, a importância desta pesquisa pois, a aplicação da Lei de Drogas (Lei 11.342/2006), tem se mostrado ineficaz para com os seus objetivos, tendo em vista que a ausência de um critério objetivo para distinguir o tráfico de drogas para o porte de droga para consumo pessoal, conforme Moraes (2023) tem dado margem para a discricionariedade policial e, com isso, tem sido responsável por um elevado número de prisões discricionárias.

Portanto, ante à obsoleta política criminal de drogas, a presente discussão se mostra essencial para a busca de um modelo alternativo de política de drogas que não seja orientado pelo paradigma proibicionista e repressivo e que tenha como escopo a busca pela redução das prisões por crimes relacionados a drogas.

Neste sentido, este trabalho terá como objetivo mais amplo identificar o impacto da política de combate às drogas adotadas no Brasil para o superencarceramento e como

---

[5] VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D'Plácido, 2021, p.453.
[6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659 – São Paulo. Repercussão geral nº 506 no Recurso Extraordinário.
[7] DE MORAES, Alexandre. RE 63659/SP. Voto do Ministro Alexandre de Moraes proferido em 02/08/2023.

o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pode impactar na redução destas prisões.

Deste modo, para encontrar uma resposta ao problema de pesquisa proposto, foi necessário compreender alguns aspectos que foram subdivididos em 5 (cinco) capítulos. Inicialmente, fez-se necessário buscar entender a gênese da política proibicionista de combate às drogas para que assim fosse possível compreender a construção da Lei 11.342/2006, bem como os seus reflexos na sociedade brasileira.

No capítulo seguinte buscou-se entender a importância do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na amortização do superencarceramento causado pela lei de drogas, através de análise dos votos dos ministros e a projeção do impacto da iminente decisão.

Em seguida, para demonstrar o crescimento da população carcerária brasileira, realizou-se uma comparação entre a população carcerária brasileira incidentes nos artigos da lei de drogas desde o início da sua vigência aos dias atuais. Neste sentido, buscou-se analisar dados, levantamentos e estatísticas penitenciárias realizados pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ferramenta utilizada pela Secretaria Nacional de Políticas penais para coletar informações padronizadas e realizar um eficaz mapeamento do sistema penitenciário no Brasil.

A metodologia utilizada foi a pesquisa qualitativa do tipo documental, tendo em vista que para mensurar estatisticamente o aumento gradativo da população carcerária brasileira por crimes relacionados a drogas, foi realizado a análise dos dados e relatórios extraídos pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), bem como pesquisa bibliográfica através de autores de referência mediante suas obras extraídas de repositórios acadêmicos como o repositório institucional da Universidade de São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, bem como periódicos como Scielo e Google Acadêmico.

Nesta senda, cumpre destacar que esta pesquisa não buscou deliberar acerca do processo legislativo que produziu a Lei 11.243/2006, tampouco buscou analisar a lei de drogas sob o crivo do processo penal, mas investigar as possíveis relações entre a Lei de Drogas e o aumento do encarceramento brasileiro, tomando como referência dados extraídos através do SISDEPEN.

2. DA POLÍTICA DE DROGAS ADOTADA NO BRASIL: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO MODELO PROIBICIONISTA.

A utilização de substâncias psicoativas, usualmente chamadas de drogas, não é uma exclusividade da modernidade. É possível observar, historicamente, que há milênios substâncias entorpecentes são utilizadas pelas mais diversas sociedades para fins de cunho personalíssimo, ritualístico, religioso, terapêutico e/ou medicinais.[8]

Exemplo disso é que, conforme demonstrado por Beatriz Labate, há cerca de cinco milênios, a tribo Pigmeu, habitante na África Central, ao observar como agiam os javalis que se alimentavam de determinado arbusto nativo daquela região, o Tabernanthe iboga, acabaram descobrindo as propriedades alucinógenas geradas através consumo da referida planta, motivo pelo qual passaram a consumi-la sob a lógica do entorpecimento[9].

Não obstante, conforme registros deixados em papiros mesopotâmicos, verifica-se que a utilização de opioides e opiáceos na antiga Mesopotâmia era uma prática realizada há cerca de oito milênios. Inclusive, é possível observar que drogas consideradas atualmente como mais pesadas tais quais o ópio, heroína e a morfina, antes de terem sido classificadas como drogas de caráter ilícito, foram amplamente utilizadas pela medicina como alternativa para tratar de alguns problemas na saúde como a dor.[10]

Sendo assim, Pablo Ornelas Rosa[11], aponta que não se trata, obviamente, de um fenômeno hodierno, mas de uma questão milenar que ultrapassa gerações. Portanto, para compreender como se originaram as políticas proibicionistas a nível global e a nível nacional, é indispensável entender como as sociedades mais remotas se comportavam diante destas substâncias.

Desde que passaram a ser utilizadas para fins psicotrópicos, aduz Salo de Carvalho, as drogas passaram a ser objeto de controvérsias e, consequentemente, combatidas pelo Estado.[12]

---

[8] ARAÚJO, Frederico Fonseca Casagrande de. **Drogas: Uma análise histórica, social e contextual das políticas proibicionistas e de seus impactos sociais**. Monografia. Curso de Direito. Faculdade Vale do Cricaré, São Matheus. 2018, p. 14.

[9] LABATE, Beatriz Caiuby. **Viagem ao centro do Iboga**. 2001.

[10] ARAÚJO, Frederico Fonseca Casagrande de. **Drogas: Uma análise histórica, social e contextual das políticas proibicionistas e de seus impactos sociais**. Monografia. Curso de Direito. Faculdade Vale do Cricaré, São Matheus. 2018, p. 15.

[11] ROSA, Pablo Ornelas. **Drogas e a Governabilidade Neoliberal.** Editora Insular. Florianópolis. 2014

[12] CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização)**. Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

Historicamente, é possível observar nas civilizações ocidentais e orientais algumas medidas proibitivas adotadas na primeira metade do século XIX. Neste sentido, as primeiras medidas restritivas ao consumo e comércio de drogas adotadas no ocidente, conforme Baesso (2013), citado por Araújo (2018), ocorreram após a revolução industrial, principalmente a partir do desenvolvimento da indústria farmacêutica.

Por sua vez, outro momento histórico que permite entender uma nova ordem internacional em torno da política proibicionista de drogas, desta vez no oriente, é a famigerada Guerra do Ópio travada entre China e Reino Unido.[13]

Escohotado[14] argumenta que a China, ainda na primeira metade do século XIX, adotou uma série de medidas proibitivas contra o comércio do ópio, inclusive, confiscando e destruindo centenas de carregamentos de navios ingleses, maiores exportadores de ópio para a China, o que levou a Inglaterra a invadir a China para garantir a continuidade do comércio de ópio na região.

Ocorre que, o combate mais incisivo contra a produção, comércio e até ao consumo para fins recreativos destas substâncias psicoativas veio tomar proporções globais, quando da adoção de políticas mais severas adotadas pelos Estados Unidos da América.

De acordo com Souza e Calvete (2017)[15] uma das principais razões da proibição de psicotrópicos na cultura norte americana, foi a forte influência da ética protestantista, a partir da premissa de que o descontrole e a irresponsabilidade não poderiam ser tolerados, e, portanto, a utilização de substâncias psicoativas deveria ser veementemente combatida, o que demonstra que tais políticas foram influenciadas pelo crivo da moralidade.

Nesta mesma linha, conforme aponta Pablo Ornelas Rosa[16], as primeiras medidas proibitivas adotadas pelos Estados Unidos da América na segunda metade do século XIX, foram fundadas em conotações xenófobas e repressivas. Ainda segundo Rosa, esta política era direcionada ao combate ao ópio era amplamente utilizado por imigrantes chineses.

---

[13] RODRIGUES, Luciana. B. F. **Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
[14] ESCOHOTADO, Antônio. **História General de Las Drogas**. 3. ed. rev.aum. Madri: Alianza, 1995. 3 v
[15] CALVETE, Cássio da Silva; SOUZA, Taciana Santos. História e formação do mercado das drogas. Revista de Economia, v.41, n. 76, p. 401-429, Universidade Federal do Paraná, 2020.
[16] ROSA, Pablo Ornelas. **Drogas e a Governabilidade Neoliberal**. Editora Insular. Florianópolis. 2014.

> [...] possível constatar a conotação explicitamente racista, xenófoba e repressiva, que provavelmente tem sua procedência no Decreto de Expulsão de Chineses de 1882. Esta lei procurou não somente estigmatizar, mas também criminalizar os chineses que naquele momento eram considerados os grandes consumidores de ópio, tratados, a partir daquele episódio da história, como agressores da cultura e da moral estadunidense. (ROSA, 2014, p. 283)

Já no século XX, as políticas repressivas atinentes ao controle das drogas são munidas de um caráter belicista, principalmente quando da realização da Convenção Única sobre Entorpecentes da ONU em 1961 onde foram fincadas as bases legais da política internacional de guerra às drogas.

Neste sentido, conforme aponta Pilati [17], embora já houvesse uma política de drogas pautada pelo proibicionismo, um marco repressivo foi o governo de Richard Nixon que em 1971 pronunciou-se à população declarando que as drogas eram o inimigo número um dos Estados Unidos da América, declarando o início a uma verdadeira corrida antidrogas.

Neste sentido, atualmente, a temática abordada é regulamentada em sede internacional a partir dos seguintes acordos internacionais: A Convenção Única da ONU sobre Entorpecentes de 1961, a Convenção da ONU sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e a Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, os quais preveem medidas para a erradicação do tráfico sob a ótica proibicionista.

2.1. O PROIBICIONISMO NO BRASIL E A LEI 11.343/2006

Neste aspecto, é importante compreender a construção do modelo de combate às drogas adotado no Brasil, notadamente a ótica da legislação proibicionista (Lei 11.343/06) que orienta o judiciário e os demais poderes.

No Brasil, há registros de medidas proibitivas, ainda que esparsas, desde a época colonial. Conforme aponta Salo de Carvalho, a incriminação do porte, do comércio ou do uso de determinadas substâncias tóxicas aparecem já nas Ordenações Filipinas no século XVII.[18]

---

[17] PILATI, Rachel Cardoso. **Direito Penal Do Inimigo E Política Criminal De Drogas No Brasil: Discussão De Modelos Alternativos.** 2011. 164 f. (Dissertação) Universidade Federal de Santa Catarina.
[18] CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização)**. Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

No início do século XX, sob influência internacional, que discutia a regulamentação do consumo e comércio do ópio, o Brasil adotou medidas restritivas com o escopo de impedir o uso indiscriminado do ópio e seus derivados, bem como outras substâncias químicas e orgânicas, através do Decreto nº 11.481, aprovado em 1915.[19]

Contudo, somente na década seguinte, é que foi editado pelo então presidente Epitácio Pessoa um decreto que estabeleceu medidas específicas relacionadas ao comércio de drogas, indicando as penalidades e procedimentos.[20]

Embora o Código Penal Republicano já tivesse disposição expressa acerca da proibição de determinadas substâncias tóxicas, Maria Lúcia Karam,[21] aponta que a criminalização de condutas como a produção, distribuição e consumo de drogas que tornaram-se ilícitas de fato somente ocorreu com o advento das leis penais de 1932, que através do artigo 25, estabeleceu as condutas que configurariam tráfico de drogas instituindo penas privativas de liberdade de uma a cinco anos e multa.

Em seguida, houve a sistematização destas sanções a partir da edição do Código Penal de 1940[22], sob a ditadura do Estado Novo, prevendo a criminalização do tráfico e também da posse de substâncias entorpecentes.

Verifica-se que, em consonância às experiências internacionais, notadamente norte americana, observa-se que as origens proibicionistas brasileiras se dão em razão de questões não científicas. Nesta linha, inclusive, Moraes (2023) destaca que a proibição da maconha no Brasil, de forma similar aos Estados Unidos, no início do século XX, se deu baseada em questões morais.

A Lei 6.368/76, conhecida por Lei de Tóxicos[23], estabeleceu medidas rigorosas para o controle e a repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes, além de prever tratamentos para dependentes químicos.

---

[19]BRASIL. Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915. Promulga a Convenção Internacional do Ópio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assinados na Haya. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil,** Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 3597.

[20]BRASIL. Decreto nº 4.294, de 06 de julho de 1921. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 13407.

[21] KARAM, Maria Lúcia. **Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais.** Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013

[22] BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 23911. Coleção de Leis do Brasil - 194 0, Página 187 Vol.7.

[23] BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 22 out. 1976.

Sob a vigência desta lei, o uso ou porte de drogas para consumo pessoal era considerado um delito penal, de modo que previa pena de detenção de 6 meses a dois anos. E, por sua vez, impunha penas significativamente mais severas ao delito de tráfico de drogas, de modo que os traficantes estavam sujeitos a penas mais longas que iam de 3 a 15 anos de reclusão, além de condenação ao pagamento de multas, cujo valor variava conforme o caso específico.

Por fim, no ano de 2006 foi configurada a atual Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), que buscando compatibilizar as disposições normativas que a antecedem, prescreveu medidas que preveem a reinserção social dos usuários/dependentes químicos, bem como medidas preventivas voltadas para o controle do uso indiscriminado destas substâncias.

Outro aspecto da referida lei, é que ela traz em seu bojo um avanço no que diz respeito ao reconhecimento da diferença entre o usuário e o traficante, que doravante passaram a ser enquadrados em dispositivos diferentes.

A nova lei de drogas retirou a pena de prisão da posse de drogas para consumo próprio, porém, manteve a sua utilização como crime. O artigo 28 da referida lei, define como usuário aquele que "adquire, guarda, tem depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar".[24]

Neste caso, são previstos 3 (três) tipos sancionatórios (1) a advertência sobre os efeitos das drogas pelo juiz, (2) a prestação de serviços à comunidade num prazo máximo de 5 (cinco) anos que pode ser elevado para 10 (dez) em caso de reincidência, e, por fim, (3) a obrigatoriedade de frequentar um curso educativo sobre as drogas.

Por sua vez, a comercialização destas substâncias continua sendo tipificada como crime, possuindo uma pena máxima de 15 (quinze) anos. Esta previsão está disposta no artigo 33 da Lei de Drogas que caracteriza o traficante aquele que "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."[25]

---

[24] BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.
[25] BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.

Portanto, verifica-se que embora a legislação tenha buscado tratar o fenômeno do controle das drogas a partir de uma lógica mais humana ao retirar a privação da liberdade para os usuários, tem causado efeito diverso daquele pretendido, tendo em vista que tem contribuído fundamentalmente com o aumento do sistema carcerário brasileiro.[26]

Neste mesmo sentido, argumenta Marcelo Caetano Bittencourt Pizzani Ribeiro de Andrade:

> Em face do exposto no presente artigo, portanto, é inegável que o crescimento exponencial do aprisionamento no Brasil guarda estreita relação com a maneira que os atores do sistema de justiça criminal costumam aplicar os dispositivos sancionadores trazidos pela Lei nº 11.343/2006. (ANDRADE, 2023, p.13)

Portanto, além de não proteger a tutela da saúde coletiva, conforme proposto, o encarceramento causado com a sua aplicação tem desrespeitado constantemente a premissa constitucional da dignidade da pessoa humana.

2.2. A PROBLEMÁTICA DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS: COMO DISTINGUIR USUÁRIO DE TRAFICANTE?

Como dito no tópico anterior, em substituição a Lei 6.368/76, a legislação brasileira sobre drogas foi disciplinada pela Lei 11.343/2006 e trouxe em seu bojo, dentre outras alterações, uma inovação: distinção entre usuário e traficante. Com isto, a nova lei de drogas, introduziu mudanças substanciais no tratamento dispensado aos usuários e aos traficantes de drogas de modo que, enquanto impõe ao usuário um tratamento mais sutil, por considerar delito de ínfimo potencial ofensivo, passa a tratar o traficante de drogas com mais severidade.

O artigo 33 da lei de drogas define como traficante aquele que "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", impondo uma pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

---

[26] BASÍLIO, Adriene Jayme. **A Guerra Contra As Drogas E A Superlotação Carcerária No Brasil**. 2022. 62 f. Monografia. Pontifícia Universidade Católica De Goiás, Goiás, 2022.

Por sua vez, a definição de usuário pode ser extraída da leitura do artigo 28 da lei de drogas, a qual dispõe que o usuário é aquele que "adquire, guarda, tem depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar".

Contudo, da redação do § 2 do mesmo artigo, verifica-se que cabe ao julgador avaliar se a droga encontrada com o indivíduo se destinava ao uso pessoal, e que, para tanto, deverá levar em consideração aspectos como 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.

Assim prevê o artigo 28 da lei 11.343/2006.

> Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer 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. (BRASIL, 2006)

Da leitura do artigo supramencionado verifica-se que não há um parâmetro preciso de gramatura ou outra medida que permita quantificar o que diferencia o porte de droga para consumo pessoal do tráfico de drogas e sim, critérios pouco objetivos.

Ocorre que, diante do marcante perfil punitivista dos agentes de segurança pública, desde os policiais que apreendem o indivíduo aos magistrados responsáveis pelo julgamento, ficar a critério da subjetividade do julgador quais são os fatores para diferenciar a condição de usuário para traficante é abrir margem para a discricionariedade.

Neste mesmo sentido, assim argumenta Luciana Boiteux [27].

> Assim, o sistema brasileiro de controle de drogas atua de forma seletiva e autoritária, pois não limita o poder punitivo, pelo contrário, deixa de estabelecer limites e contornos diferenciadores exatos para as figuras do usuário, do pequeno, médio e grande traficante, e atribui às autoridades, no caso concreto, ampla margem de discricionariedade, o que acarreta uma aplicação injusta da lei. (BOITEUX, 2014, p. 92)

Neste aspecto, embora a lei preceitue que caberá ao juiz, baseado nas circunstâncias da prisão, diferenciar o usuário do traficante, na prática o que se vê é que

---

[27] BOITEUX, Luciana. **Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas**. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), 2014. p. 92.

esta distinção tem início desde a abordagem da polícia que, geralmente, é a única testemunha do fato, e, tendo em vista que sua palavra goza de presunção de veracidade e de presunção de legitimidade[28], é peça fundamental na justificativa para as prisões.[29]

Neste sentido, Alex Agra Ramos[30], chama atenção para o caráter racista e discriminatório do sistema de segurança pública no sentido de que o verdadeiro critério na distinção entre o traficante e o jovem usuário consiste na discriminação.

> A diferença entre um traficante e um jovem é dada pelo critério racial e com ele, a diferença entre a vida matável e a vida ser preservada. O crime a ser combatido pouco importa, porque não se combate o crime, se combate aquele que é identificado como criminoso, se combate o inimigo. (RAMOS, p. 269, 2020)

Neste sentido, é importante que seja determinado um parâmetro mais objetivo capaz de distinguir consumo pessoal do tráfico de drogas, tendo em vista que, embora este critério não seja o único e determinante, conforme argumenta Alexandre de Moraes (2023), "a ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes".

Portanto, a ausência de um critério mais objetivo, que estabeleça uma quantidade de droga que sirva de parâmetro para o juiz analisar a prisão, tem se mostrado um grave problema de segurança pública, e tem contribuído fundamentalmente com a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, conforme será demonstrado nos capítulos subsequentes.

Neste sentido, Boiteux [31] aduz que:

> [...] A atual política criminal de drogas no Brasil é um dos fatores que mais contribuíram para o agravamento da população carcerária. (Boiteux, 2006, p. 233)

Sendo assim, não restam dúvidas que a crise no sistema penitenciário brasileiro foi agravada pela política proibicionista, a qual se manifesta de diversas formas.

---

[28] Acórdão 1242191, 00011028220198070014, Relator: SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, Segunda Turma Criminal, data de julgamento: 2/4/2020, publicado no PJe: 23/4/2020.

[29] DE MELO, Michel Cícero M. **Acórdãos, Objetos e Territórios: Tráfico de drogas e associação para o tráfico nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. 2020. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.

[30] RAMOS, Alex Agra. **Dispositivo autocrático de segurança: violência policial e dominação burguesa no Brasil.** Salvador, 2020.

[31] RODRIGUES, Luciana. B. F. **Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

Portanto, a abordagem punitiva tem se mostrado ineficaz na redução do tráfico de drogas, enquanto perpetua um ciclo de criminalidade e marginalização. [32]

3. ANÁLISE DOCUMENTAL DO SISDEPEN: IMPACTO DA LEI DE DROGAS PARA A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.

A política de combate às drogas adotada no Brasil é regida pela Lei nº 11.343/2006, a qual manteve criminalização do usuário sob o pretexto da prevenção ao uso indiscriminado e garantia do tratamento dos dependentes, com vistas a reinseri-los na sociedade, mas na prática o que se demonstra com a aplicação da referida lei é que jamais a criminalização cumpriu com suas promessas.[33]

Ademais, da análise dos dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023), verifica-se que o encarceramento por crimes ligados a drogas deu um salto de aproximadamente 300% desde a promulgação da lei de drogas.

Conforme mencionado no capítulo anterior, a ausência de um critério objetivo para o procedimento de distinção entre o consumo próprio e o tráfico de drogas tem contribuído fundamentalmente com a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, pois, a condenação de usuários como se fossem traficantes ajuda a compreender um dos motivos que transformou o Brasil na terceira maior população prisional do planeta[34].

Isto ocorre, pois, tal ausência, permite a atuação discricionária do por parte do sistema penal, principalmente quando é a polícia quem classifica a ação do indivíduo, e que em sua maioria será a única testemunha do fato, sendo peça chave para toda a persecução penal.

Portanto, a partir de um estudo descritivo documental da análise dos dados, levantamentos e estatísticas penitenciárias realizados pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ferramenta utilizada pela Secretaria Nacional de Políticas penais para coletar informações padronizadas e realizar um eficaz mapeamento do sistema penitenciário no Brasil, foi possível analisar o contingente de prisões em razão da lei de drogas.

---

[32] WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
[33] PILATI, Rachel Cardoso. Direito penal do inimigo e política criminal de drogas no brasil: discussão de modelos alternativos. 2011. 164 f. Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal De Santa Catarina.
[34] World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research (ICPR), em Birkbeck, Universidade de Londres.

3.1. POPULAÇÃO CARCERÁRIA ANTES E DEPOIS DA LEI DE DROGAS.

A Lei 11.343/2006, foi publicada em 24 de agosto de 2006, entrando em vigor a partir do dia 08 de outubro de 2006, revogando expressamente em seu artigo 75, as leis anteriores.

> Art. 75. Revogam-se a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. (BRASIL, 2006) [35]

Neste sentido, conforme demonstrado anteriormente, a nova lei de drogas trouxe circunstanciais mudanças às legislações anteriores.

Segundo dados extraídos através do último relatório da Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), o Brasil alcançou no segundo semestre de 2023 a marca de 857.999 pessoas em situação de cumprimento de pena, sendo 656.811 em celas físicas (sistema penitenciário e outras carceragens) bem como 201.188 pessoas em prisão domiciliar (com ou sem monitoramento eletrônico) somente no âmbito estadual.[36]

Por sua vez, no âmbito federal, verifica-se que a população em cumprimento de pena (sistema penitenciário e outras carceragens) consiste em 12.265 pessoas em celas físicas.

É importante ser observado que desde que passou a viger a lei de drogas em 2006, a população carcerária brasileira mais que dobrou, tendo em vista que no ano anterior, sob vigência da Lei nº 6.368/1976 a população carcerária consistia em 401.236 pessoas encarceradas. Ou seja, houve um considerável aumento de 456.763 pessoas privadas de sua liberdade.

Naturalmente, não se pode imputar este aumento considerável unicamente à nova Lei de Drogas, tendo em vista a existência das mais variadas condutas tipificadas no Código Penal. Contudo, não se pode ignorar a sua decisiva influência para a superlotação do sistema carcerário.

Neste sentido, a análise simples dos dados acima mencionados acerca da evolução da população carcerária brasileira entre o período de 2005 a 2023, é um tanto

---

[35] BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.
[36] DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf

quanto abstrata. Sendo assim, é importante observar a evolução das prisões especificamente por crimes relacionados à Lei de Drogas.

No 15º ciclo de coleta levantado pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), referente ao segundo semestre de 2023, verifica-se que pelo menos o contingente de 199.731 pessoas respondem por crimes relacionados a Lei de Drogas, sendo que destas, 168.021 respondem pelo crime de Tráfico de Drogas previsto no artigo 33, 25.529 pessoas foram enquadradas no crime de Associação ao Tráfico tipificado no artigo 35, bem como 6.181 pelo crime de Tráfico internacional de drogas previsto no artigo 40 da mesma lei.

Por sua vez, no ano de 2005, ano que antecede o início da vigência da nova lei de drogas, havia no brasil cerca de 31.520 presos pelo crime de Tráfico de entorpecentes e 1.360 pessoas presas pelo crime de tráficos internacional de entorpecentes, totalizando um total de 32.880 pessoas encarceradas[37] em razão da aplicação da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.

Fonte: 15º Ciclo Sisdepen (2º semestre de 2023)

Neste sentido, podemos observar que houve um aumento de pelo menos 166.851 pessoas respondendo por crimes relacionados ao envolvimento com drogas ilícitas, o

[37] DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2005.pdf

equivalente a 507%. Verifica-se ainda que, até 2006, os presos por crimes relacionados às drogas correspondiam a aproximadamente 8% da população carcerária brasileira, ocorre que, hodiernamente, este percentual consiste em aproximadamente 25%.[38]

Portanto, é evidente que a aplicação da Lei 11.343/06 contribuiu de forma significativa para o aumento da população carcerária brasileira, uma vez que a falta de critérios quantitativos claros para diferenciar usuários de traficantes cedeu margem para uma atuação discricionária por parte da polícia e do judiciário, resultando em interpretações subjetivas, o que levou ao encarceramento em massa de usuários como se traficante fossem.

3.2 VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO POLICIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

Conforme exposto nos tópicos anteriores, o parágrafo 2º do artigo 28 da Lei de Drogas, concede margem de discricionariedade ao julgador para, após avaliação de caso concreto, definir se o entorpecente apreendido seria destinado ao uso pessoal ou pra fins de tráfico de drogas, principalmente, em razão da ausência de critérios objetivos que sirvam de parâmetro para que se constate esta diferença, tais como o estabelecimento de gramatura ou outra medida que possibilite a quantificação da droga.

Neste aspecto, conforme aponta o Relatório desenvolvido pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania CESeC (Relatório Um Tiro no Pé, 2021), diante do marcante perfil punitivista dos agentes de segurança pública, desde os policiais que apreendem o indivíduo aos magistrados responsáveis pelo julgamento, ficar a critério da subjetividade do julgador quais são os fatores quantitativos para diferenciar a condição de usuário para traficante é abrir margem para a discricionariedade.

Ocorre que, esta discricionariedade não tem início quando do julgamento pelo magistrado competente, mas, na verdade, ela ocorre desde a apreensão pela autoridade policial que, conforme a seguir será demonstrado, tem papel determinante quanto a formação da decisão do juízo.

---

[38] DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf

Conforme Inácio e Bueno, não é plausível que o depoimento de um policial, assim como qualquer outra prova testemunhal de forma isolada, seja considerada prova satisfatória e suficiente para embasar a convicção do juízo para uma eventual condenação, tendo em vista que "além de não ser neutra ou imparcial, ainda possui o agravante da possibilidade de distorção dos fatos de forma intencional"[39].

Ocorre que geralmente os processos que envolvem a Lei de Drogas surgem em decorrência de prisões em flagrante efetuadas pelas autoridades policiais motivo pelo qual, nestes casos é o policial quem poderá narrar as circunstâncias da prisão, informar as características do local de abordagem e afirmar com quem estava a droga.

Portanto, conforme aduz Maria Goete[40], o magistrado somente terá o contato com o fato objeto de investigação a partir da perspectiva da autoridade policial que realizou a abordagem e realizou a prisão, momento em que classifica a infração penal, de modo que a palavra do policial tem função determinante na formação do convencimento do magistrado.

Sob essa mesma linha argumentativa, argumenta Boiteux (2014):

> Com tais critérios extremamente vagos, e de difícil aplicação, a distinção no caso concreto acaba sendo feita pela primeira autoridade que tem contato com o acusado, prevalecendo a visão subjetiva desta, sendo excessivamente ampla a discricionariedade concedida ao policial. (BOITEUX, 2014, p. 90)

Neste sentido, Luis Carlos Valois[41], após análise de inquéritos policiais relacionados aos crimes da lei de drogas, nas capitais de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e também no Distrito Federal, argumenta que 74% das prisões em flagrante pelo crime de tráfico de drogas (Art. 33 da Lei 11.343/06) tem como testemunhas apenas os policiais que realizaram a abordagem.

Para consubstanciar a pesquisa acima mencionada, faz-se mister destacar pesquisa similar realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da Universidade de São Paulo (USP), através de estudo denominado "Prisão Provisória e Lei de Drogas – Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo".

Da análise da pesquisa do NEV, verifica-se que chegou-se a percentual equivalente ao exposto por Valois, qual seja, em 74% das prisões em flagrante em razão

---

[39] Mariana Secorun Inácio e Marina Manzoni Bueno, Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021, p. 24.

[40] JESUS, Maria Gorete Marques de. "O Que Está no Mundo não Está nos Autos": a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. São Paulo: Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, 2015.

[41] VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D'Plácido, p. 493, 2021.

da lei drogas, a testemunha é apenas o policial que realizou o flagrante, acrescentando ainda que, por sua vez, em 26% dos dos casos as testemunhas são a própria autoridade policial mais testemunha civil.

Ademais, o estudo mencionado evidencia ainda que 91% destes processos cuja única prova é o testemunho policial terminam com a condenação do réu pelo crime de tráfico de drogas.

Noutro aspecto, é importante trazer à lume também o levantamento realizado pela Agência Pública, o qual evidencia que nos processos cuja apreensão de droga foi até 10 gramas, em aproximadamente 84% dos casos a única prova considerada irrefutável foram os depoimentos dos policiais que realizaram a apreensão.[42]

Ainda de acordo com este levantamento, verifica-se das decisões analisadas que nos processos cuja única testemunha são os policiais, houve o percentual de 59% de condenações ao passo que quando houveram testemunhas civis este percentual foi reduzido para 44 %.

Esta diferença também fica demonstrada no que diz respeito ao índice de absolvição, tendo em vista que quando houveram testemunhas civis o índice de absolvição consistiu no percentual de 21 %, ao passo que quando as testemunhas foram apenas policiais o índice de absolvição caiu para apenas 14 %.

Nesta senda, Alba Zaluar [43] afirma que o poder policial e judiciário tem-se posicionado na verdade numa caça aos usuários, e não aos grandes traficantes.

> [...] seria melhor se as forças de polícia não fossem empregadas para caçar os consumidores de droga ou os pequenos negociantes, e atribuíssem muito mais seus recursos à repressão de grandes traficantes e de lavadores do dinheiro sujo (ZALUAR, 2007, p. 03).

Portanto, ante todo o exposto, a ausência de critérios objetivos que diferenciem as condutas previstas no art. 28 e no art. 33 da Lei 11.343/06, tem permitido que a palavra dos policiais tenha o papel mais importante nos processos desta natureza, de modo que no fim das contas é quem efetivamente tipifica a conduta praticada pelo sujeito no delito de tráfico de drogas.[44]

---

[42] DOMENICI, Thiago e BARCELOS, Iuri. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. Disponível em: Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo - Agência Pública. Acesso em: 22/04/2024.
[43] ALBA ZALUAR. Democratização Inacabada: Fracasso da Segurança Pública, 2007.
[44] Mariana Secorun Inácio e Marina Manzoni Bueno, Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021.

4. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POLÍTICA DE DROGAS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RE 635.659.

O Supremo Tribunal Federal (STF), representa a instância superior do Poder Judiciário brasileiro, desempenhando uma função primordial na salvaguarda da ordem jurídica e na preservação dos preceitos estabelecidos na Constituição Federal.

Sendo assim, como órgão guardião da Carta Magna, compete-lhe a missão precípua de assegurar a conformidade das leis e atos normativos infraconstitucionais com os ditames constitucionais, consubstanciando-se, portanto, como o bastião máximo da legalidade e da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, dispõe o caput do artigo 102 da Constituição de 1988:

> **Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

Neste sentido, conforme delineado nos capítulos anteriores, a aplicação da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) tem causado uma série de problemas no âmbito da segurança pública, sobretudo porque tem contribuído significativamente para a superlotação das prisões no Brasil, uma vez que parcela considerável da população carcerária encontra-se detida pela incidência no crime de tráfico de drogas, fato que quem tem agravado as condições já precárias do sistema prisional nacional.

Diante desta problemática, através do julgamento do Recurso Extraordinário (635.659), avalia-se a consonância, ou não, do artigo 28 da Lei 11.343/2006, que trata do porte de drogas para uso pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada sob pena de violação ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. Este julgamento tem atraído significativa atenção devido às suas implicações na política de drogas, direitos individuais e segurança pública.

Para compreender o julgamento em sua integralidade, necessário se fez analisar os autos mediante acesso ao Supremo Tribunal Federal.

Defende-se a importância dessa metodologia de busca, pois ela facilita o acesso às informações essenciais para o entendimento e o acompanhamento desse julgamento, já que permite a localização mais precisa de documentos, incluindo decisões, acórdãos, votos dos ministros, despachos e pareceres.

Neste sentido, foi adotado esse meio de pesquisa também em razão da sua confiabilidade, pois, o site do STF é atualizado constantemente para refletir os últimos

acontecimentos e decisões relacionados ao RE 635659. Esta atualização contínua assegura que as informações disponíveis são sempre as mais recentes, permitindo que os usuários se mantenham informados sobre o progresso e os desdobramentos do caso.

Portanto este suporte de busca permite uma análise detalhada dos argumentos apresentados, das fundamentações jurídicas e das interpretações dos ministros.

4.1. PERCURSO METODOLÓGICO EMPREGADO PARA ANÁLISE DO JULGAMENTO

Para obter os resultados pretendidos, quais sejam, as informações preliminares, partes e decisões no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, necessário se fez adentrar ao sítio eletrônico do Supremo, mediante acesso ao link https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145.

Em seguida, ao clicar na aba “Processos” e digitar o número do processo originário (0018946-13.2009.8.26.0161), ou clicar na aba “Repercussão Geral” e colocar o número do tema, neste caso o 506, somos imediatamente direcionados a página onde temos acesso a todas as informações necessárias para o desenvolvimento deste trabalho.

A partir do acesso ao sítio eletrônico mencionado, podemos ter acesso às publicações durante o julgamento mediante acesso ao ‘Diário da Justiça Eletrônico (Dje)’, a ‘Jurisprudência’ (reconhecimento da repercussão geral, publicada em 09/03/2012), bem como ao *leading case* que nos fornece as informações gerais do processo, e, por fim acesso às peças processuais, tais como pedidos de ingresso como Amicus Curiae, sustentação oral etc, bem como acesso ao despachos e decisões prolatadas, mediante acesso a aba ‘Peças’.

Por sua vez, não foi possível obter acesso ao inteiro teor do votos de todos os ministros, uma vez que alguns votos ainda não foram disponibilizados. Neste sentido, buscando a íntegra/inteiro teor dos votos dos ministros, tendo em vista a escassez em outros meios de pesquisa, necessário se fez entrar em contato, através de e-mail, com a Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do Supremo Tribunal Federal, setor responsável pelas pesquisas judiciárias no âmbito do supremo.

Neste momento, obtive o seguinte esclarecimento: “Informamos que o referido julgamento ainda não foi finalizado, conforme o andamento processual, o julgamento foi suspenso por motivo de pedido de vista, e os ministros que votaram, ainda não

disponibilizaram seus votos. Sendo assim, só conseguimos disponibilizar os votos, no final do julgamento, com a publicação do referido acórdão."

Diante disso, obtive acesso tão somente ao inteiro teor dos votos do ministros Alexandre de Moraes, do relator Gilmar Mendes, Luis Roberto Barroso, e do Fachin, não foi possível ter acesso ao inteiro teor de todos os ministros, motivo pelo qual se fez necessário buscar fontes jornalísticas confiáveis, bem como ouvir os votos disponibilizados em plataformas de audiovisual, tais como o canal oficial do Supremo Tribunal Federal no YouTube.

4.2. DESCRIÇÃO DO JULGAMENTO

O referido julgamento foi iniciado após a interposição de recurso em favor de um condenado por porte de 3g (gramas) de cannabis sativa (maconha) que o Recorrente alegava ser para consumo próprio. Ocorre que, diante da condenação, a Defensoria Pública do estado de São Paulo interpôs recurso sob a alegação da inconstitucionalidade do art. 28, em face da violação do art. 5º, X, da Constituição Federal.

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988)

Assim, no decorrer do julgamento, explicou o ministro relator Gilmar Mendes[45]:

> No caso em análise, o art. 28 é impugnado sob o enfoque de sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. Não se funda o recurso na natureza em si das medidas previstas no referido artigo, mas, essencialmente, na vedação constitucional à criminalização de condutas que diriam respeito, tão somente, à esfera pessoal do agente incriminado. (2015, p. 3 e 40)

Em dezembro de 2011, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a existência de repercussão geral na questão em debate sobre a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas (STF, 2011), motivo pelo qual o Ministro Gilmar Mendes, sorteado relator do caso, destacou a relevância social do tema

[45] MENDES, Gilmar Ferreira. RE 63659/SP. Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes proferido em 20/08/2015.

e defendeu a importância da Corte se manifestar para pacificar a questão da possibilidade de descriminalização do porte de drogas para consumo próprio.

O julgamento teve início no Plenário do Supremo Tribunal Federal em 19 de agosto de 2015, e foi suspenso em setembro do mesmo ano após o pedido de vista do Ministro Teori Zavascki.

FICHA TÉCNICA	*LEADING CASE*	INSTÂNCIA	RELATOR	PROC. ORIGINÁRIO
	RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659	STF	GILMAR MENDES	0018946-13.2009.8.26.0161

TRAMITAÇÃO	PROTOCOLO DA AÇÃO	RECONHECIMENTO DA REP. GERAL (TEMA 506)	STATUS ATUAL
	22/02/2011	09/12/2011	EM JULGAMENTO

Fonte: Supremo Tribunal Federal.

Após o falecimento do Ministro Teori Zavascki, o processo foi redistribuído, e novos debates surgiram, especialmente com a mudança de composição do STF. E, desde então, dos 11 (onze) ministros que compõem a Suprema Corte, votaram apenas 8 (oito).

Dentre estes, os ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Rosa Weber votaram de forma favorável ao afastamento da criminalização do porte de maconha para consumo próprio. Por sua vez, os ministros Cristiano Zanin Martins, Kássio Nunes Marques e André Mendonça posicionaram-se de forma oposta.

Dessa forma, até o momento, o julgamento registra um placar de 5 a 3, com maioria de votos para afastar a criminalização do porte de maconha para consumo próprio. Contudo, o processo encontra-se suspenso após pedido de vistas do Ministro Dias Toffoli, para melhor análise, portanto, além de seu voto, ainda votarão os ministros Luiz Fux e Cármen Lúcia.

Conforme supracitado, o tema em julgamento trata da constitucionalidade dos tipos penais do art. 28 da Lei 11.343/06, de modo que se discute a inexistência de lesividade na conduta de porte de droga para consumo pessoal e o exercício da

autonomia privada, a qual é constitucionalmente protegida pelo direito à vida íntima, não havendo, portanto, qualquer ofensa à tutela da saúde pública.

Portanto, o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635.659, em andamento no Supremo Tribunal Federal (STF), representa um marco significativo na interpretação e aplicação da legislação brasileira referente ao porte de drogas para uso pessoal, e, sua decisão poderá ser um importante passo no caminho para amortização dos efeitos desta política que tem se demonstrado ineficaz em seus objetivos.

4.3. OS VOTOS DOS MINISTROS

Conforme já demonstrado, o Ministro Gilmar Mendes é o relator do julgamento ora analisado. Ainda em 2015, o ministro votou a favor da descriminalização do porte de qualquer tipo de droga desde que para consumo pessoal (STF, 2015).

O ministro iniciou sua abordagem, prestando esclarecimentos, sob a ótica do princípio da proporcionalidade, acerca dos crimes de perigo abstrato e as políticas regulatórias no contexto da Lei de Drogas, notadamente em relação ao usuário.

Em seu voto, Mendes destacou que não existem estudos suficientes ou incontroversos que demonstrem que a proibição é o meio mais eficaz no combate ao tráfico de drogas, enfatizando ainda que, em que pese tenha sido aplicada esta política de drogas, frequentemente chamada de "Guerra às Drogas", o tráfico tem aumentado consideravelmente nas últimas décadas.

O relator, destacou a importância de definir uma distinção precisa entre tráfico de drogas e posse para consumo pessoal, sob o argumento de que esta é crucial para o destino da pessoa abordada, tendo em vista que ela pode ser presa por até quinze anos, se condenada por tráfico, ou permanecer livre, sujeita apenas a medidas transitórias previstas no artigo 28, sem repercussões penais, se classificada como usuária.

O ministro demonstrou extrema preocupação quanto à seletividade do sistema penal, com indicações de tratamento mais rigoroso para pessoas em situação de vulnerabilidade, especialmente os viciados, tendo em vista que a interpretação subjetiva dos fatos pode levar a decisões arbitrárias.

> “Da mesma forma, a percepção geral é de que o tratamento criminal aos usuários de drogas alcança, em geral, pessoas em situação de fragilidade econômica, com mais dificuldade em superar as consequências de um processo penal e reorganizar suas vidas depois desqualificados como criminosos por condutas que não vão além de mera lesão pessoal.

> Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional." (MENDES, STF, 2015)

Argumenta ainda, noutro aspecto, que o consumo de qualquer substância é uma decisão estritamente privada, e qualquer dano decorrente disso afeta principalmente a saúde do próprio usuário, motivo pelo qual proibir esse consumo é desrespeitar a decisão individual do ser de arriscar a própria saúde, afastando, portanto, a saúde pública como bem jurídico tutelado.

Neste sentido, vota pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, afastando, portanto, qualquer efeito penal no dispositivo. Porém, mantendo as medidas administrativas até nova legislação específica.

> "Tendo em conta os resultados retratados na pesquisa sobre práticas integrativas, há pouco noticiada, afigura-se que a aplicação, no que couber, das medidas previstas no referido artigo, sem qualquer efeito de natureza penal, mostra-se solução apropriada, em caráter transitório, ao cumprimento dos objetivos da política nacional de drogas, até que sobrevenha legislação específica." (MENDES, STF 2015)

É importante destacar ainda que, no decorrer do julgamento, após o voto de Alexandre de Moraes, o ministro relator reajustou seu voto no sentido de descriminalizar tão somente o porte de maconha.

Em seguida, o ministro Edson Fachin também manifestou seu voto nos termos do relator, Gilmar Mendes, se alinhando ao pensamento de que o consumo de drogas deve ser considerado como fato da autodeterminação individual, de modo que tal consumo diz respeito à intimidade e privacidade do indivíduo (STF, 2015).

Fachin destaca ainda que, o caso em análise envolve especificamente o porte de maconha, e, que por prudência judicial, a decisão do Supremo Tribunal Federal de descriminalizar o porte de drogas para consumo pessoal deve ser limitada a essa substância.

O ministro Fachin faz questão de destacar que, sob a sua ótica, os critérios ou parâmetros objetivos para diferenciar o traficante do usuário deve ser fixado tão somente pelo Congresso Nacional.

Por sua vez, o ministro Luís Roberto Barroso, assim como Gilmar Mendes e Edson Fachin, também destacou que a medida implica que o Estado não tem autoridade para interferir ou punir o porte de drogas para consumo pessoal (STF, 2015).

Ocorre que, faz questão de frisar que tal medida não é equivalente à legalização do consumo de qualquer droga ilícita, nem mesmo a maconha, embora reconheça a inconsistência de descriminalizar o consumo enquanto a produção e distribuição de drogas continuam sendo crimes.

Barroso, demonstrando notória preocupação com o encarceramento gradativo da população brasileira, fez questão de ressaltar as implicações da criminalização do porte de pequenas quantidades de maconha para o elevado número de prisões no Brasil, especialmente entre jovens negros. Argumentando ainda que, é fundamental estabelecer uma quantidade específica para diferenciar o usuário do traficante.

Para a determinação do critério quantitativo na distinção entre usuário e traficante, o Ministro Luís Roberto Barroso, cita critérios adotados em outros países como exemplos a serem considerados. O Ministro esclarece que no Uruguai é adotado o critério de 40 gramas, na Espanha o critério de 100 gramas e, em Portugal, o qual considera uma experiência de sucesso, 25 gramas.

Diante disso, baseando-se nestes modelos, Barroso estabelece um critério quantitativo de 25g como o limite para presumir o portador como usuário, argumentando que esta presunção é tão somente inicial, de modo que pode ser refutada pelo magistrado de acordo com as circunstâncias no caso concreto. Noutro aspecto, no que diz respeito ao cultivo de Cannabis para consumo próprio, o Ministro propõe um limite de até 6 plantas fêmeas.

Em sequência, o Ministro Alexandre de Moraes argumenta que a problemática na aplicação da lei diz respeito ao artigo 28 da Lei de Drogas, pois, em sua visão, tal disposição aumentou a discricionariedade tanto da autoridade policial quanto do Ministério Público e das autoridades judiciais.

Argumentou ainda que, com a nova lei, o que antes era classificado como usuário passou a ser rotulado como pequeno traficante, acarretando em penas mais severas, e superlotando o sistema carcerário.

Diante disso, o Moraes votou pela descriminalização do porte de maconha para uso pessoal, propondo que seja presumido usuário aquele que guarde, tenha, transporte ou traga consigo até 60 gramas de maconha, ou seis plantas fêmeas.

Argumentou com isto que essa presunção seria relativa, permitindo à autoridade policial considerar outros critérios que possam caracterizar o tráfico de entorpecentes, tais como, a forma de acondicionamento, a diversidade de entorpecentes encontrados

com a pessoa, e a apreensão de instrumentos, como balanças, cadernos de anotação e celulares.

Moraes esclarece ainda que estes critérios devem ser considerados durante a audiência de custódia, e, portanto, se o indivíduo estiver com quantidades inferiores às estabelecidas, a autoridade judicial deverá fundamentar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva com base em outros critérios que caracterizem o tráfico. Por outro lado, se a quantidade encontrada for superior à presumida para uso pessoal, a autoridade judicial deverá permitir que o indivíduo comprove que se trata de um usuário e não de um traficante.

No seu voto, a Ministra Rosa Weber também seguiu o entendimento do ministro relator, manifestando seu voto no sentido da descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, ajustando sua posição para que o julgamento se aplicasse exclusivamente ao porte de maconha, argumentando estar plenamente convencida de que é mais apropriado restringir o julgamento apenas a essa substância.

Weber, argumentou que, durante suas visitas nas unidades prisionais brasileiras, como presidente do Conselho Nacional de Justiça, pôde observar de perto a gravidade da situação de tais unidades e que a política de drogas ora aplicada tem contribuído de forma contundente para o agravamento desta situação.

Noutro aspecto, argumentou ainda que o consumo estritamente pessoal de drogas representa um risco à saúde individual do usuário e, portanto, deve ser tratado no âmbito das políticas públicas de saúde e reinserção social, em vez de ser abordado predominantemente pelo aparato penal do Estado.

Ancorada nestes argumentos, a Ministra aderiu ao critério estabelecido pelo Ministro Alexandre de Moraes para diferenciar usuários de traficantes, que é de até 60 gramas de maconha para ser classificado como porte pessoal. Neste sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso, originalmente propondo um limite de 25 gramas, demonstrou estar aberto a ajustar seu voto para se alinhar à maioria em relação à quantidade estabelecida.

O Ministro Cristiano Zanin Martins, primeiro a negar provimento ao Recurso, abriu a divergência no julgamento e votou contra a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343 sob o argumento de que isto poderia potencializar o problema do encarceramento, pois, sob a sua ótica, seriam removidos os únicos parâmetros legais disponíveis para distinguir entre o usuário e o traficante.

Neste sentido, o ministro votou pela constitucionalidade do referido artigo, notadamente chamando atenção pela manutenção do critério já existente no parágrafo 2º.

Contudo, em que pese tenha se posicionado de forma divergente, segue a maioria no no que diz respeito a quantidade de maconha a ser fixada como parâmetro orientador que sirva de limite para distinguir uso e tráfico, ou seja, 25 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, propondo a seguinte redação:

> "1) É constitucional o artigo 28 da Lei 11.343.
> 2) Para além dos critérios estabelecidos no parágrafo 2º do artigo 28 da Lei 11.343 para diferenciar o usuário de maconha do traficante, o tribunal fixa, como parâmetro adicional, a quantia de 25 gramas ou seis plantas fêmeas para configuração de usuário da substância, com a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante fundamentação exauriente das autoridades"." (MARTINS, STF, 2023)

O Ministro André Mendonça adota uma posição cautelosa, argumentando que tal medida poderia ser interpretada como um aval para o consumo o que, potencialmente, acarretaria prejuízos à saúde pública.

Ademais, entende que a discussão sobre a descriminalização deve ocorrer dentro do poder legislativo, respeitando o devido processo democrático. Neste sentido, propõe que seja declarada a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas e seja estabelecido um prazo para o Congresso Nacional deliberar a temática e definir critérios objetivos para diferenciar o porte para consumo pessoal e para tráfico de drogas.

Noutro aspecto, propõe ainda que sejam caracterizados como usuários aqueles que portarem até 10g de maconha, o que acredita ser equivalente a 36 cigarros, até que o Congresso delibere sobre o assunto.

Por fim, o Ministro Kassio Nunes Marques, vota em posição alinhada com a visão de que a descriminalização do porte de maconha para uso pessoal deve ser uma decisão do Legislativo e não do Judiciário.

O Ministro destaca ainda que, em sua ótica, o consumo de drogas vai além do próprio usuário tendo em visto que afeta também a sociedade em geral e que, portanto, a manutenção da criminalização, conforme previsto no artigo 28, funciona como um fator inibitório tanto para o consumo quanto para o tráfico de entorpecentes.

Por fim, o ministro Dias Toffoli, pediu vista para examinar de forma mais minuciosa o processo antes de proferir seu voto e terá até 90 dias para explorar o

processo antes de devolvê-lo para Barroso. E, como supramencionado, após seu voto, ainda votarão os ministros Luís Fux e Cármen Lúcia.

5. IMPACTO DO JULGAMENTO DO RE 635.659 NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

A descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal está a um passo de se tornar realidade no Brasil, uma vez que, conforme exposto no capítulo anterior, cinco ministros já proferiram votos favoráveis à medida, motivo pelo qual resta apenas mais um voto favorável para que se forme a maioria.

Diante da iminente decisão favorável à descriminalização do porte de maconha para uso pessoal no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, torna-se fundamental considerar as consequências do afastamento da incidência do Direito Penal nesse contexto específico e quais as potenciais consequências para a sociedade.

Neste sentido, em se confirmando a descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal, bem como estabelecido um critério objetivo quantitativo que sirva de parâmetro limite para qualificar o usuário ou o traficante, quais seriam os impactos desta decisão, notadamente no âmbito do sistema carcerário brasileiro?

Inicialmente, o primeiro impacto seria no âmbito do poder judiciário brasileiro, uma vez que as pessoas apreendidas com drogas, dentro dos limites estabelecidos pelo supremo, não seriam mais presas ou processadas como se traficante fossem, desde que ausentes os outros elementos que denotem tráfico, tais como balança de precisão, arma, munição, anotações contábeis referentes ao comércio de substâncias ilícitas e etc.

Diante disso, levando em consideração a média de crescimento do número de presos e processados em razão da Lei de Drogas desde 2006, a medida indica uma possível redução no número de processos judiciais em trâmite no judiciário, uma vez que, em sua maioria, são presos com pouca quantidade de drogas. Para consubstanciar isto, Marcelo Semer[46] aponta que aproximadamente 50% dos encarcerados foram presos por estar na posse de menos de 100 gramas de maconha ou 50 gramas de cocaína.

Cumpre destacar, portanto, que a quantidade de drogas apreendidas tem sido fundamental no enquadramento do agente como usuário ou traficante.

---

[46] SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento.** USP, São Paulo, 2019, p. 285-286.

Ocorre que, mesmo fixado um novo parâmetro, não se pode falar em soltura automática dos presos ou medidas similares, uma vez que a quantidade de substância não é o único critério para caracterizar alguém como traficante.

Sendo assim, os detentos serão potencialmente impactados pelo julgamento, pois, uma vez que tais critérios serão meramente orientadores, devem buscar a jurisdição para solicitar uma revisão criminal, na qual suas penas serão reavaliadas à luz dos novos parâmetros e das circunstâncias específicas de seus casos, momento em que será decidido pela reclassificação, ou não, da conduta para consumo pessoal.

Por sua vez, à médio prazo, o impacto desta decisão atingiria o sistema carcerário brasileiro, uma vez que, superada a adoção dos critérios subjetivos transferidos à estrutura do Poder Judiciário para definir o usuário e o traficante, os quais são fundamentados nas circunstâncias sociais e pessoais, localidade e condições em que se desenvolveu a ação, e adotados parâmetros quantitativos objetivos, evitando, assim, que o subjetivismo das autoridades gerem decisões contraditórias, a tendência é uma redução da superlotação carcerária.

Para consubstanciar isso, faz-se mister sublinear a perspectiva apresentada pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) em conjunto com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos do Ministérios de Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP), em torno do julgamento do crime de tráfico de drogas no judiciário brasileiro.

Os cenários analisados pelo IPEA e SENAD/MJSP, tiveram como base os critérios sugeridos em nota técnica do Instituto Igarapé colacionado aos autos em 2015, a qual pugna pela urgência de estabelecimento de parâmetros objetivos na distinção entre traficante e usuário, a partir dos quais os agentes públicos possam avaliar de forma mais precisa e justa.

A nota técnica do Instituto Igarapé, pelos especialistas que a subscrevem, destaca ainda que parâmetros propostos, e, eventualmente adotados pelo Supremo, tem natureza de presunção relativa, uma vez que julgador pode, desde que de forma fundamentada, desconsiderar tais critérios se os demais critérios legais apontarem para a condição de traficância.

De acordo com a referida nota técnica, para adotar esses parâmetros, foram consideradas as experiências internacionais, os padrões nacionais de consumo de drogas e a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal.

CENÁRIO 1	CENÁRIO 2	CENÁRIO 3
25 gramas	**40 gramas**	**100 gramas**
6 plantas fêmeas	**10 plantas fêmeas**	**20 plantas fêmeas**

Fonte: Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA)

A definição por algum destes critérios para distinguir usuários e traficantes pode atingir de forma significativa os casos em andamento, potencialmente resultando na reclassificação de alguns indivíduos que anteriormente eram considerados traficantes como simples usuários de drogas. Inclusive, para além da definição de gramatura, destaca-se a importância de definição da quantidade de plantas para cultivo, para evitar possíveis erros que levem ao enquadramento no inciso II do §1º do art. 33.

> 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.
>
> § 1º Nas mesmas penas incorre quem:
>
> [...]
>
> 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; (BRASIL, 2006)

De acordo com o resultado final da pesquisa do IPEA, se adotados os critérios previstos no “Cenário 1”, ou seja, gramatura no limite de 25 gramas ou 6 (seis) plantas fêmeas, conforme sugerido pelos ministros Cristiano Zanin Martins e Kássio Nunes Marques no durante o julgamento do RE 635.659, aproximadamente 27% dos presos condenados por tráfico de drogas, cuja a substância apreendida foi maconha, poderiam ter suas penas revistas para uma possível requalificação da condição de traficante para usuário.

Por sua vez, a adoção do critério proposto no “Cenário 2”, o qual estipula o limite de 40 gramas de maconha ou 10 (dez) plantas fêmeas, poderia resultar na revisão das penas de aproximadamente 33% dos condenados. Em consonância a este cenário, os ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso propuseram um limite de 25 a 60 gramas, bem como o cultivo de até 6 plantas fêmeas, de modo que entre 27 e 40 % das penas podem ser revistas.

E, finalmente, se adotado o critério do “Cenário 3”, cujo limite seria maior, na gramatura de 100 gramas de maconha ou 20 (vinte) plantas fêmeas, limite que chegou a ser proposto pelo ministro Luís Roberto Barroso, cerca de 48% dos condenados por tráfico poderiam ter suas penas revistas.

Vale destacar ainda que, o Ministro André Mendonça propôs o limite de até 10 gramas, o que, segundo Marcelo Semer, após denso estudo acerca do papel dos juízes no encarceramento[47], representa aproximadamente 14% das prisões por porte de maconha.

Ademais, o estudo do Ipea, demonstra ainda que, para além da maconha, no caso da cocaína, pelo menos o percentual de 31% dos presos por tráfico poderia ter sua pena revista caso o Supremo fixasse um parâmetro de 10 gramas, bem como o percentual de 37% caso fosse fixado o limite de 15 gramas.

Sendo assim, o estudo projeta a possibilidade de reclassificar como porte para uso de drogas, aproximadamente, entre 27 e 48% das apreensões de cannabis e entre 31 e 37% das apreensões de cocaína.

Neste sentido, à luz do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, verifica-se que os critérios sugeridos pelos ministros estão, em sua maioria, em consonância aos critérios adotados pelo Ipea na realização de sua pesquisa.

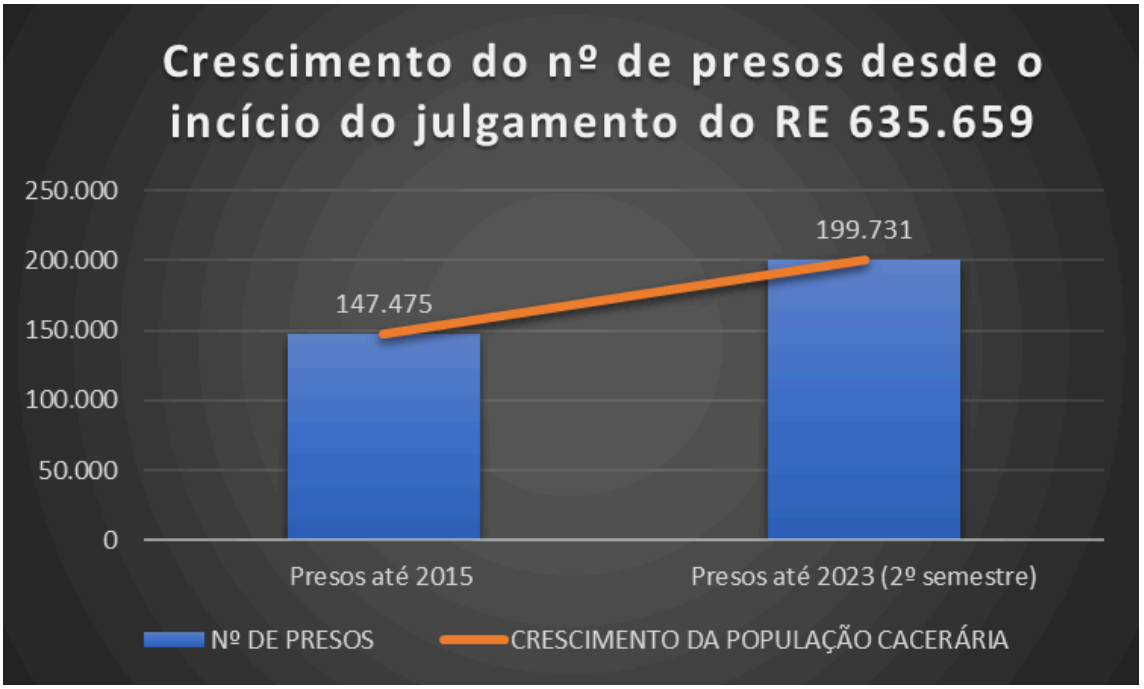
Em tempo, é importante destacar ainda que o julgamento do Recurso Extraordinário 635.59 está em curso há aproximadamente 9 (nove) anos. E, esta morosidade na definição, pode ter contribuído para o aumento da população carcerária, conforme verifica-se dos dados extraídos através do SISDEPEN.

De acordo com os dados extraídos pelo SISDEPEN, observa-se no levantamento realizado no último semestre de 2014, ano que antecede o início do julgamento, que o Brasil tinha à época um contingente de 147.475 pessoas privadas de liberdade por crimes relacionados à lei de drogas.

---

[47] SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento**. USP, São Paulo, 2019.

Ocorre que, diante da morosidade no julgamento, este contingente cresceu significativamente, alcançando a marca aproximada de 200.000 presos no segundo semestre de 2023, conforme 15º ciclo de coleta levantado pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ou seja, um aumento de aproximadamente 35%.



Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN - 15º ciclo de coleta).

Sendo assim, destaca-se que, levando em consideração os cenários apresentados pelo Ipea, este aumento poderia ter sido evitado se o julgamento já houvesse sido definido. Portanto, conforme argumenta Alexandre de Moraes[48], a fixação de critérios mais objetivos para a distinção entre traficantes e usuários levariam a diminuição da discricionariedade policial no momento da realização do flagrante e, posteriormente, a discricionariedade do Ministério Público no momento da denúncia e a judicial na tipificação final da conduta, o que, consequentemente reduziria o número das prisões em razão da lei de drogas.

[48] DE MORAES, Alexandre. RE 63659/SP. Voto do Ministro Alexandre de Moraes proferido em 02/08/2023, p. 25-27.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou compreender os fundamentos da configuração da Lei 11.343/2006, bem como, ancorado em dados estatísticos, entender os reflexos da sua aplicação no sistema penitenciário brasileiro.

Para tanto, foi traçada uma perspectiva histórica acerca da utilização de substâncias psicoativas, bem como as origens da política proibicionista de drogas buscando entender suas causas e consequências. Sendo assim, foi possível vislumbrar que há milênios essa prática é utilizada pelas mais diversas culturas para os mais variados fins, sejam eles ritualísticos, religiosos ou de cunho pessoal.

Após isto, buscou-se compreender as raízes do proibicionismo no Brasil, momento em que observou-se que o proibicionismo foi alicerçado, notadamente por questões morais, econômicas e sociais, ou seja, embora criado sob o crivo da proteção da saúde pública, este argumento, na verdade, se mostra secundário.

Buscando compreender o impacto da Lei de Drogas no sistema carcerário brasileiro, foi realizada uma pesquisa do tipo documental com análise dos dados estatísticos do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN). Neste momento, através do levantamento realizado, observou-se que após o advento da lei de drogas, a população carcerária brasileira mais que dobrou, e, embora não se possa imputar este crescimento unicamente à Lei de Drogas, não se pode ignorar sua decisiva influência para que fossem atingidos estes números.

Conforme os dados levantados, o número de presos por crimes relacionados a drogas no Brasil sob a vigência da Lei nº 6.368/76 consistia no montante de 32.880 até o fim de 2005. Por sua vez, com o advento da Lei nº 11.343/06, Lei de Drogas em vigor, este número atingiu o contingente de 199.731 presos, portanto, verificamos um aumento de pelo menos 166.851 pessoas privadas de liberdade em razão desta lei, ou seja, um impactante aumento no percentual de aproximadamente 507%.

Por fim, foi analisado o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (Tema 506), buscando compreender os possíveis impactos da eminente decisão pelo Supremo Tribunal Federal que, descriminalizando ou não o porte para consumo pessoal da maconha, fixará um critério objetivo que servirá de parâmetro para auxiliar no julgamento dos crimes relacionados a drogas.

Conforme exposto, os critérios sugeridos pelos ministros variam do limite mais conservador de apenas 10 gramas de cannabis, para a gramatura mais liberal de 100

gramas, destacando ainda que, em sua maioria, os ministros sugeriram que seja fixado o parâmetro de 25 gramas ou 6 plantas fêmeas para cultivo.

Assim, após análise dos estudos realizadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) em conjunto com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos do Ministérios de Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP), foi possível chegar a conclusão de que se estabelecido um critério de 25 gramas de maconha ou 6 plantas fêmeas 27% dos presos por porte de maconha poderão ter suas penas revistas, se fixado um parâmetro de 40 gramas ou 10 plantas fêmeas este percentual seria de pelo menos 33%, e, por, fim, se fixado o parâmetro de 100 gramas, cerca de 48% dos presos poderiam pedir revisão criminal e ter suas penas revistas.

Conclui-se, portanto, que ante todo o exposto no decorrer deste trabalho, a Lei 11.343/06, teve papel decisivo no aumento da população carcerária brasileira. Principalmente porque, a ausência de critérios quantitativos claros para distinguir o usuário do traficante deixou lacunas legais que permitiram a atuação discricionária do poder público, notadamente pelos policiais e juízes.

A decisão do Supremo Tribunal em estabelecer um parâmetro objetivo para distinguir entre usuários e traficantes de drogas é uma medida importante, ainda que não resolva de imediato a problemática da superlotação carcerária. No entanto, essa decisão tem o potencial de conter o crescimento exponencial da população prisional, o que, por sua vez, poderá contribuir para a redução da superlotação ao longo do tempo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Marcelo Caetano Bittencourt Pizzani Ribeiro. **Análise Crítica dos Impactos da Lei 11.343/06 nos Rumos do Encarceramento no Brasil**. Fortaleza/CE, Vol. 11, Edição 231, 2023. Disponível em: http://dx.doi.org/10.35265/2236-6717-231-12510. Acesso em 23 jun. 2024

ARAÚJO, Frederico Fonseca Casagrande de. **Drogas: Uma análise histórica, social e contextual das políticas proibicionistas e de seus impactos sociais**. Monografia. Curso de Direito. Faculdade Vale do Cricaré, São Matheus. 2018, p. 14.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 635.659**. Tema: Repercussão Geral 506. Recorrente: Francisco Benedito De Souza. Recorrido: Ministério Público Do Estado De São Paulo. Relator: Gilmar Mendes. Órgão De Origem: TJSP - 1º Colégio Recursal - Central São Paulo. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145. Acesso em 12 mai. 2024.

_____. Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915. **Promulga a Convenção Internacional do Ópio e o respectivo Protocolo de Encerramento**, assinados na Haya. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 3597. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D11481.html. Acesso em: 16 jun. 2024

_____. Decreto nº 4.294, de 06 de julho de 1921. Diá**rio Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 13407. Disponível em:https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-publicacaooriginal-92525-pl.html. Acesso em 16 jun. 2024

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 23911. Coleção de Leis do Brasil - 194 0, Página 187 Vol.7. 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: 14 jun. 2024

_____. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. **Dispõe sobre medidas de repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes.** Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 out. 1976. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6368-21-outubro-1976-357249-norma-pl.html. Acesso em: 10 mai. 2024

_____. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Seção 1, p. 2

BASILIO, Adriene Jayme. **A Guerra Contra As Drogas E A Superlotação Carcerária No Brasil**. 2022. 62 f. Monografia. Pontifícia Universidade Católica De Goiás, Goiás, 2022.

BLOCK, Walter. **Drug prohibition: a legal and economic analysis. Journal of Business Ethics, Worcester,** v. 12, p. 689-700, set. 1993.

BOITEUX, Luciana. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade**. 273 f. Tese (doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em:

https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf Acesso em: 12 mai. 2024.

_____, Luciana. **Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas**. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), 2014. p. 92.

CALVETE, Cássio da Silva; SOUZA, Taciana Santos. História e formação do mercado das drogas. Revista de Economia, v.41, n. 76, p. 401-429, Universidade Federal do Paraná, 2020.

CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização)**. Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

COFFI, Pedro Pasquotto. **A ausência de critérios objetivos na lei 11.343/2006. 2018. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito.** Departamento de Direito Penal e Criminologia. Porto Alegre. 2018, P. 37.

DE MELO, Michel Cícero M. **Acórdãos, Objetos e Territórios: Tráfico de drogas e associação para o tráfico nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. 2020. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – SISDEPEN.** Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf. Acesso em: 27 mai. 2024

DOMENICI, Thiago e BARCELOS, Iuri. **Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo**. Disponível em: Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo - Agência Pública.

ESCOHOTADO, Antônio. **História General de Las Drogas**. 3. ed. rev. aum. Madri: Alianza, 1995. 3 v

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo:** Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf. Acesso em: 12/04/2024. Acesso em: 30 mai. 2024.

JESUS, Maria Gorete Marques de. **"O Que Está no Mundo não Está nos Autos": a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas**. São Paulo: Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, 2015.

KARAM, Maria Lúcia. **Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013. Disponível em: http://dspace/xmlui/bitstream/item/6937/PDIexibepdf.pdf?sequence=1. Acesso em: 11/11/2024

LABATE, Beatriz Caiuby. **Viagem ao centro do Iboga**. Publicado em: http://www.terramistica.com.br/index.php?add=Artigos&file=article&sid=56&ch=4. Acesso em: 16 de jun. 2024

INÁCIO, Mariana Secorun; BUENO, Marina Manzoni. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.** Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021.

PILATI, Rachel Cardoso. **Direito Penal do Inimigo e Política Criminal de Drogas no Brasil: Discussão de Modelos Alternativos**. 2011. 164 f. (Dissertação) Universidade Federal de Santa Catarina.

RAMOS, Alex Agra. **Dispositivo autocrático de segurança: violência policial e dominação burguesa no Brasil**. Salvador, 2020.

Relatório um tiro no pé: **impactos da proibição das drogas no orçamento do sistema de justiça criminal do Rio de Janeiro e São Paulo. Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC).** Disponível em: https://drogasquantocustaproibir.com.br/. Acesso em 16 mai. 2024

Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas. 2011. Disponível em: http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2017/10/GCDP_WaronDrugs_PT.pdf. Acesso em: 20 abr. 2024

RODRIGUES, Luciana. B. F. **Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

ROSA, Pablo Ornelas. **Drogas e a Governabilidade Neoliberal**. Editora Insular. Florianópolis. 2014

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento**. USP, São Paulo, 2019.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra as drogas**. 3.ed. São Paulo: D'Plácido, 2021.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research (ICPR), em Birkbeck, Universidade de Londres. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/ Acesso em: 14 mai. 2024

ZALUAR, Alba. **Democratização inacabada: fracasso da segurança pública**. Estudos Avançados, 2007. 21(61), 31–49. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0103-40142007000300003. Acesso em: 24 abr. 2024

Relatório do Software Anti-plágio CopySpider
Para mais detalhes sobre o CopySpider, acesse: https://copyspider.com.br

Instruções
Este relatório apresenta na próxima página uma tabela na qual cada linha associa o conteúdo do arquivo de entrada com um documento encontrado na internet (para "Busca em arquivos da internet") ou do arquivo de entrada com outro arquivo em seu computador (para "Pesquisa em arquivos locais"). A quantidade de termos comuns representa um fator utilizado no cálculo de Similaridade dos arquivos sendo comparados. Quanto maior a quantidade de termos comuns, maior a similaridade entre os arquivos. É importante destacar que o limite de 3% representa uma estatística de semelhança e não um "índice de plágio". Por exemplo, documentos que citam de forma direta (transcrição) outros documentos, podem ter uma similaridade maior do que 3% e ainda assim não podem ser caracterizados como plágio. Há sempre a necessidade do avaliador fazer uma análise para decidir se as semelhanças encontradas caracterizam ou não o problema de plágio ou mesmo de erro de formatação ou adequação às normas de referências bibliográficas. Para cada par de arquivos, apresenta-se uma comparação dos termos semelhantes, os quais aparecem em vermelho.
Veja também:
Analisando o resultado do CopySpider
Qual o percentual aceitável para ser considerado plágio?

Versão do CopySpider: 2.3.0
Relatório gerado por: joaovm.silva00@gmail.com
Modo: web / normal

Arquivos	Termos comuns	Similaridade
TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf X https://www.peticoesonline.com.br/art-33-lei-drogas-comentado	314	1,79
TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf X https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6552/Nova-Lei-de-Drogas-Lei-11343-06	240	1,74
TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf X https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/trafico-de-drogas-x-porte-para-consumo	189	1,65
TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf X https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10867208/artigo-33-da-lei-n-11343-de-23-de-agosto-de-2006	111	1,04
TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf X https://www.justica.gov.br/news/sisdepen-comeca-a-ser-alimentado-pelos-estados-com-informacoes-sobre-penitenciarias	30	0,28
TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf X https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1-semestre-de-2023.pdf	23	0,20
TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf X https://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-2019/sisdepen-transforma-administracao-penitenciaria-brasil	22	0,20
TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf X https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen	19	0,17
TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf X https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios	16	0,15
TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf X https://en.wikipedia.org/wiki/World_Prison_Brief	8	0,07

==========

Arquivo 1: TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf (9878 termos)
Arquivo 2: https://www.peticoesonline.com.br/art-33-lei-drogas-comentado (7915 termos)
Termos comuns: 314
Similaridade: 1,79%
O texto abaixo é o conteúdo do documento TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf (9878 termos)
Os termos em vermelho foram encontrados no documento https://www.peticoesonline.com.br/art-33-lei-drogas-comentado (7915 termos)

==========

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
GRADUAÇÃO EM DIREITO
JOÃO VICTOR DE MATOS SILVA
POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL:
O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA
POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
Salvador
2024
JOÃO VICTOR DE MATOS SILVA
POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL:
O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA
POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
Artigo apresentado ao Curso de
Graduação da Universidade Católica
do Salvador, como requisito parcial
para a obtenção do Título de Graduado
em Direito.
Orientador: Alan Roque Souza de
Araujo.
Salvador
2024
3POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL: O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
João Victor de Matos Silva1
Alan Roque Souza De Araujo2
RESUMO: A utilização de substâncias psicoativas é uma realidade que pode ser observada há milênios em diferentes civilizações e para os mais diversos fins, sejam estes, de cunho personalíssimo, ritualístico, religioso, terapêutico e/ou medicinais. Em contrapartida, vislumbra-se também que ao longo do tempo estas substâncias, popularmente conhecidas como drogas, passaram a ser combatidas pelo Estado, geralmente por meio do aparelho repressivo estatal, que, contudo, não tem sido exitoso

em seus objetivos. Neste sentido, diante da evidente ineficácia estatal, que tem contribuído para a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, conforme análise dos dados pesquisados, é importante reavaliar estratégias para enfrentar os problemas causados pelo comércio ilícito de drogas, e, neste aspecto, busca-se compreender como o julgamento do Recurso extraordinário 635.659 pode impactar na população carcerária brasileira.

PALAVRAS CHAVE: Proibicionismo. Drogas. Encarceramento. Seletividade Penal. Recurso Extraordinário 635.659.

ABSTRACT: The use of psychoactive substances is a reality that can be observed for millennia in different civilizations and for the most diverse purposes, be they very personal, ritualistic, religious, therapeutic and/or medicinal. On the other hand, it can also be seen that over time these substances, popularly known as drugs, have come to be combated by the state, usually through the state's repressive apparatus, which, however, has not been successful in its objectives. In this sense, given the obvious inefficiency of the state, which has contributed to the overcrowding of the Brazilian prison system, according to an analysis of the data researched, it is important to re-evaluate strategies to tackle the problems caused by the illicit drug trade, and in this regard, we seek to understand how the judgment of Extraordinary Appeal 635.659 may impact on the Brazilian prison population.

KEYWORDS: Prohibitionism. Drugs. Imprisonment. Criminal Selectivity. Extraordinary Appeal 635.659.

2 Professor universitário. Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista Internacional em Segurança Pública pela UNEB e Universitá Degli Studi di Padova. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Cairu. Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Superior (UNYAHNA).

1 Graduando no curso de Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). E-mail: joaovm.silva@ucsal.edu.br

4SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. DA POLÍTICA DE DROGAS ADOTADA NO BRASIL: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA 2.1 O PROIBICIONISMO NO BRASIL E A LEI 11.343/2006 2.2. A PROBLEMÁTICA DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS: COMO DISTINGUIR USUÁRIO DE TRAFICANTE 3. ANÁLISE DOCUMENTAL DO SISDEPEN: IMPACTO DA LEI DE DROGAS PARA A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO 3.1 POPULAÇÃO CARCERÁRIA ANTES E DEPOIS DA LEI DE DROGAS. 3.2 VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO POLICIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS 4. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POLÍTICA DE DROGAS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RE 635.659 4.1 PERCURSO METODOLÓGICO EMPREGADO PARA ANÁLISE DO JULGAMENTO 4.2 DESCRIÇÃO DO JULGAMENTO 4.3 OS VOTOS DOS MINISTROS 5. IMPACTO DO JULGAMENTO DO RE 635.659 NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho buscou compreender a configuração da Lei de Drogas sancionada

em 2006 (Lei 11.343/2006), e, notadamente, quais são os seus reflexos no sistema penitenciário brasileiro.

É possível observar que, desde o início da vigência da Lei 11.343/2006, o número de pessoas privadas de liberdade em razão da Lei de Drogas, de forma provisória ou definitiva, teve um vertiginoso aumento, fator que contribuiu essencialmente para a superlotação do sistema carcerário. Prova disso, é que o Brasil tem hoje a terceira maior população carcerária do mundo, e, segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023)3, o encarceramento por crimes ligados a drogas deu um salto de aproximadamente 300% desde a promulgação da referida lei.

Um dos fatores para esse aumento, consiste na ausência de determinação no dispositivo legal de uma característica mais objetiva, como a gramatura ou quantidade que sirva de limite para distinguir o porte para consumo do tráfico de drogas, conforme aponta Pedro Pasquotto Coffi.4

Embora a quantidade não seja o único fator considerado para configurar a prisão por tráfico de drogas, a ausência de critério quantitativo tem contribuído significativamente para a prisão de usuários como se traficantes fossem, em razão da

4 COFFI, Pedro Pasquotto. A ausência de critérios objetivos na lei 11.343/2006. 2018. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Penal e Criminologia. Porto Alegre. 2018, P. 37.

3 Anuário Brasileiro de Segurança Pública / Fórum Brasileiro de Segurança Pública. ? 1 (2006) -. ? São Paulo: FBSP, 2023. 357 p.: il.

5seletividade penal no sistema de segurança pública brasileiro. Sendo assim, nas palavras de Luís Carlos Valois, tem sido fator importante na superlotação do já precário e abandonado sistema penitenciário5, sendo causa de rebeliões, mortes e violências de todas as espécies.

Diante disso, através do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (Tema de Repercussão Geral nº 506), que questiona a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, se discute no Supremo Tribunal Federal a necessidade do estabelecimento de critérios menos discricionários para, nas palavras do Ministro Alexandre de Moraes, ?evitar que uma mesma conduta, dependendo do local, condição social da pessoa ou outros elementos, possa ser definida como tráfico ou como posse para uso pessoal? 6.

Neste sentido, ainda segundo Moraes (2023)7, é importante que sejam estabelecidos critérios mais objetivos para a distinção entre traficantes e usuários, para que assim seja possível reduzir a discricionariedade policial quando do flagrante, bem como do Ministério Público quando da denúncia e da justiça quando da tipificação final da conduta.

Nesta senda, o problema de pesquisa que se busca responder com o presente artigo é como o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pode impactar na população carcerária brasileira. Defende-se, portanto, a importância desta pesquisa pois, a aplicação da Lei de Drogas (Lei 11.342/2006), tem se mostrado ineficaz para com os seus objetivos, tendo em vista que a ausência de um critério objetivo para distinguir o tráfico de drogas para o porte de droga para consumo pessoal, conforme Moraes (2023) tem dado margem para a discricionariedade policial e, com isso, tem sido responsável por um elevado número de prisões discricionárias.

Portanto, ante à obsoleta política criminal de drogas, a presente discussão se mostra essencial para a busca de um modelo alternativo de política de drogas que não seja orientado pelo paradigma proibicionista e repressivo e que tenha como escopo a busca pela redução das prisões por crimes relacionados a drogas.

Neste sentido, este trabalho terá como objetivo mais amplo identificar o impacto da política de combate às drogas adotadas no Brasil para o superencarceramento e como

7 DE MORAES, Alexandre. RE 63659/SP. Voto do Ministro Alexandre de Moraes proferido em 02/08/2023.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659 ? São Paulo. Repercussão geral nº 506 no Recurso Extraordinário.

5 VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, 2021, p.453.

6o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pode impactar na redução destas prisões.

Deste modo, para encontrar uma resposta ao problema de pesquisa proposto, foi necessário compreender alguns aspectos que foram subdivididos em 5 (cinco) capítulos.

Inicialmente, fez-se necessário buscar entender a gênese da política proibicionista de combate às drogas para que assim fosse possível compreender a construção da Lei 11.342/2006, bem como os seus reflexos na sociedade brasileira.

No capítulo seguinte buscou-se entender a importância do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na amortização do superencarceramento causado pela lei de drogas, através de análise dos votos dos ministros e a projeção do impacto da iminente decisão.

Em seguida, para demonstrar o crescimento da população carcerária brasileira, realizou-se uma comparação entre a população carcerária brasileira incidentes nos artigos da lei de drogas desde o início da sua vigência aos dias atuais. Neste sentido, buscou-se analisar dados, levantamentos e estatísticas penitenciárias realizados pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ferramenta utilizada pela Secretaria Nacional de Políticas penais para coletar informações padronizadas e realizar um eficaz mapeamento do sistema penitenciário no Brasil.

A metodologia utilizada foi a pesquisa qualitativa do tipo documental, tendo em vista que para mensurar estatisticamente o aumento gradativo da população carcerária brasileira por crimes relacionados a drogas, foi realizado a análise dos dados e relatórios extraídos pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), bem como pesquisa bibliográfica através de autores de referência mediante suas obras extraídas de repositórios acadêmicos como o repositório institucional da Universidade de São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, bem como periódicos como Scielo e Google Acadêmico.

Nesta senda, cumpre destacar que esta pesquisa não buscou deliberar acerca do processo legislativo que produziu a Lei 11.243/2006, tampouco buscou analisar a lei de drogas sob o crivo do processo penal, mas investigar as possíveis relações entre a Lei de Drogas e o aumento do encarceramento brasileiro, tomando como referência dados extraídos através do SISDEPEN.

72. DA POLÍTICA DE DROGAS ADOTADA NO BRASIL: CONSTRUÇÃO

HISTÓRICA DOMODELO PROIBICIONISTA.

A utilização de substâncias psicoativas, usualmente chamadas de drogas, não é uma exclusividade da modernidade. É possível observar, historicamente, que há milênios substâncias entorpecentes são utilizadas pelas mais diversas sociedades para fins de cunho personalíssimo, ritualístico, religioso, terapêutico e/ou medicinais.8

Exemplo disso é que, conforme demonstrado por Beatriz Labate, há cerca de cinco milênios, a tribo Pigmeu, habitante na África Central, ao observar como agiam os javalis que se alimentavam de determinado arbusto nativo daquela região, o Tabernanthe iboga, acabaram descobrindo as propriedades alucinógenas geradas através consumo da referida planta, motivo pelo qual passaram a consumi-la sob a lógica do entorpecimento9.

Não obstante, conforme registros deixados em papiros mesopotâmicos, verifica-se que a utilização de opioides e opiáceos na antiga Mesopotâmia era uma prática realizada há cerca de oito milênios. Inclusive, é possível observar que drogas consideradas atualmente como mais pesadas tais quais o ópio, heroína e a morfina, antes de terem sido classificadas como drogas de caráter ilícito, foram amplamente utilizadas pela medicina como alternativa para tratar de alguns problemas na saúde como a dor.10

Sendo assim, Pablo Ornelas Rosa11, aponta que não se trata, obviamente, de um fenômeno hodierno, mas de uma questão milenar que ultrapassa gerações. Portanto, para compreender como se originaram as políticas proibicionistas a nível global e a nível nacional, é indispensável entender como as sociedades mais remotas se comportavam diante destas substâncias.

Desde que passaram a ser utilizadas para fins psicotrópicos, aduz Salo de Carvalho, as drogas passaram a ser objeto de controvérsias e, consequentemente, combatidas pelo Estado.12

12 CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

11 ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014

10 ARAÚJO, Frederico Fonseca Casagrande de. Drogas: Uma análise histórica, social e contextual das políticas proibicionistas e de seus impactos sociais. Monografia. Curso de Direito. Faculdade Vale do Cricaré, São Matheus. 2018, p. 15.

9 LABATE, Beatriz Caiuby. Viagem ao centro do Iboga. 2001.

8 ARAÚJO, Frederico Fonseca Casagrande de. Drogas: Uma análise histórica, social e contextual das políticas proibicionistas e de seus impactos sociais. Monografia. Curso de Direito. Faculdade Vale do Cricaré, São Matheus. 2018, p. 14.

8Historicamente, é possível observar nas civilizações ocidentais e orientais algumas medidas proibitivas adotadas na primeira metade do século XIX. Neste sentido, as primeiras medidas restritivas ao consumo e comércio de drogas adotadas no ocidente, conforme Baesso (2013), citado por Araújo (2018), ocorreram após a revolução industrial, principalmente a partir do desenvolvimento da indústria farmacêutica.

Por sua vez, outro momento histórico que permite entender uma nova ordem internacional em torno da política proibicionista de drogas, desta vez no oriente, é a famigerada Guerra do Ópio travada entre China e Reino Unido.13

Escohotado14 argumenta que a China, ainda na primeira metade do século XIX,

adotou uma série de medidas proibitivas contra o comércio do ópio, inclusive, confiscando e destruindo centenas de carregamentos de navios ingleses, maiores exportadores de ópio para a China, o que levou a Inglaterra a invadir a China para garantir a continuidade do comércio de ópio na região.

Ocorre que, o combate mais incisivo contra a produção, comércio e até ao consumo para fins recreativos destas substâncias psicoativas veio tomar proporções globais, quando da adoção de políticas mais severas adotadas pelos Estados Unidos da América.

De acordo com Souza e Calvete (2017)15 uma das principais razões da proibição de psicotrópicos na cultura norte americana, foi a forte influência da ética protestantista, a partir da premissa de que o descontrole e a irresponsabilidade não poderiam ser tolerados, e, portanto, a utilização de substâncias psicoativas deveria ser veementemente combatida, o que demonstra que tais políticas foram influenciadas pelo crivo da moralidade.

Nesta mesma linha, conforme aponta Pablo Ornelas Rosa16, as primeiras medidas proibitivas adotadas pelos Estados Unidos da América na segunda metade do século XIX, foram fundadas em conotações xenófobas e repressivas. Ainda segundo Rosa, esta política era direcionada ao combate ao ópio era amplamente utilizado por imigrantes chineses.

16 ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014.

15 CALVETE, Cássio da Silva; SOUZA, Taciana Santos. História e formação do mercado das drogas. Revista de Economia, v.41, n. 76, p. 401-429, Universidade Federal do Paraná, 2020.

14 ESCOHOTADO, Antônio. História General de Las Drogas. 3. ed. rev.aum. Madri: Alianza, 1995. 3 v

13 RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

9[...] possível constatar a conotação explicitamente racista, xenófoba e repressiva, que provavelmente tem sua procedência no Decreto de Expulsão de Chineses de 1882. Esta lei procurou não somente estigmatizar, mas também criminalizar os chineses que naquele momento eram considerados os grandes consumidores de ópio, tratados, a partir daquele episódio da história, como agressores da cultura e da moral estadunidense. (ROSA, 2014, p. 283)

Já no século XX, as políticas repressivas atinentes ao controle das drogas são munidas de um caráter belicista, principalmente quando da realização da Convenção Única sobre Entorpecentes da ONU em 1961 onde foram fincadas as bases legais da política internacional de guerra às drogas.

Neste sentido, conforme aponta Pilati 17, embora já houvesse uma política de drogas pautada pelo proibicionismo, um marco repressivo foi o governo de Richard Nixon que em 1971 pronunciou-se à população declarando que as drogas eram o inimigo número um dos Estados Unidos da América, declarando o início a uma verdadeira corrida antidrogas.

Neste sentido, atualmente, a temática abordada é regulamentada em sede internacional a partir dos seguintes acordos internacionais: A Convenção Única da ONU sobre Entorpecentes de 1961, a Convenção da ONU sobre Substâncias Psicotrópicas de

1971 e a Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, os quais preveem medidas para a erradicação do tráfico sob a ótica proibicionista.

2.1. O PROIBICIONISMO NO BRASIL E A LEI 11.343/2006

Neste aspecto, é importante compreender a construção do modelo de combate às drogas adotado no Brasil, notadamente a ótica da legislação proibicionista (Lei 11.343/06) que orienta o judiciário e os demais poderes.

No Brasil, há registros de medidas proibitivas, ainda que esparsas, desde a época colonial. Conforme aponta Salo de Carvalho, a incriminação do porte, do comércio ou do uso de determinadas substâncias tóxicas aparecem já nas Ordenações Filipinas no século XVII.18

18 CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

17 PILATI, Rachel Cardoso. Direito Penal Do Inimigo E Política Criminal De Drogas No Brasil: Discussão De Modelos Alternativos. 2011. 164 f. (Dissertação) Universidade Federal de Santa Catarina.

10

No início do século XX, sob influência internacional, que discutia a regulamentação do consumo e comércio do ópio, o Brasil adotou medidas restritivas com o escopo de impedir o uso indiscriminado do ópio e seus derivados, bem como outras substâncias químicas e orgânicas, através do Decreto nº 11.481, aprovado em 1915.19

Contudo, somente na década seguinte, é que foi editado pelo então presidente Epitácio Pessoa um decreto que estabeleceu medidas específicas relacionadas ao comércio de drogas, indicando as penalidades e procedimentos.20

Embora o Código Penal Republicano já tivesse disposição expressa acerca da proibição de determinadas substâncias tóxicas, Maria Lúcia Karam,21 aponta que a criminalização de condutas como a produção, distribuição e consumo de drogas que tornaram-se ilícitas de fato somente ocorreu com o advento das leis penais de 1932, que através do artigo 25, estabeleceu as condutas que configurariam tráfico de drogas instituindo penas privativas de liberdade de uma a cinco anos e multa.

Em seguida, houve a sistematização destas sanções a partir da edição do Código Penal de 194022, sob a ditadura do Estado Novo, prevendo a criminalização do tráfico e também da posse de substâncias entorpecentes.

Verifica-se que, em consonância às experiências internacionais, notadamente norte americana, observa-se que as origens proibicionistas brasileiras se dão em razão de questões não científicas. Nesta linha, inclusive, Moraes (2023) destaca que a proibição da maconha no Brasil, de forma similar aos Estados Unidos, no início do século XX, se deu baseada em questões morais.

A Lei 6.368/76, conhecida por Lei de Tóxicos23, estabeleceu medidas rigorosas para o controle e a repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes, além de prever tratamentos para dependentes químicos.

23 BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 out. 1976.

22 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro,

RJ. Seção 1, p. 23911. Coleção de Leis do Brasil - 194 0, Página 187 Vol.7.
21 KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013
20BRASIL. Decreto nº 4.294, de 06 de julho de 1921. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 13407.
19BRASIL. Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915. Promulga a Convenção Internacional do Ópio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assinados na Haya. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 3597.
11
Sob a vigência desta lei, o uso ou porte de drogas para consumo pessoal era considerado um delito penal, de modo que previa pena de detenção de 6 meses a dois anos. E, por sua vez, impunha penas significativamente mais severas ao delito de tráfico de drogas, de modo que os traficantes estavam sujeitos a penas mais longas que iam de 3 a 15 anos de reclusão, além de condenação ao pagamento de multas, cujo valor variava conforme o caso específico.
Por fim, no ano de 2006 foi configurada a atual Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), que buscando compatibilizar as disposições normativas que a antecedem, prescreveu medidas que preveem a reinserção social dos usuários/dependentes químicos, bem como medidas preventivas voltadas para o controle do uso indiscriminado destas substâncias.
Outro aspecto da referida lei, é que ela traz em seu bojo um avanço no que diz respeito ao reconhecimento da diferença entre o usuário e o traficante, que doravante passaram a ser enquadrados em dispositivos diferentes.
A nova lei de drogas retirou a pena de prisão da posse de drogas para consumo próprio, porém, manteve a sua utilização como crime. O artigo 28 da referida lei, define como usuário aquele que ?adquire, guarda, tem depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar?.24
Neste caso, são previstos 3 (três) tipos sancionatórios (1) a advertência sobre os efeitos das drogas pelo juiz, (2) a prestação de serviços à comunidade num prazo máximo de 5 (cinco) anos que pode ser elevado para 10 (dez) em caso de reincidência, e, por fim, (3) a obrigatoriedade de frequentar um curso educativo sobre as drogas.
Por sua vez, a comercialização destas substâncias continua sendo tipificada como crime, possuindo uma pena máxima de 15 (quinze) anos. Esta previsão está disposta no artigo 33 da Lei de Drogas que caracteriza o traficante aquele que ?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.?25
25 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.
24 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.
12
Portanto, verifica-se que embora a legislação tenha buscado tratar o fenômeno do controle das drogas a partir de uma lógica mais humana ao retirar a privação da

liberdade para os usuários, tem causado efeito diverso daquele pretendido, tendo em vista que tem contribuído fundamentalmente com o aumento do sistema carcerário brasileiro.26

Neste mesmo sentido, argumenta Marcelo Caetano Bittencourt Pizzani Ribeiro de Andrade:

Em face do exposto no presente artigo, portanto, é inegável que o crescimento exponencial do aprisionamento no Brasil guarda estreita relação com a maneira que os atores do sistema de justiça criminal costumam aplicar os dispositivos sancionadores trazidos pela Lei nº 11.343/2006. (ANDRADE, 2023, p.13)

Portanto, além de não proteger a tutela da saúde coletiva, conforme proposto, o encarceramento causado com a sua aplicação tem desrespeitado constantemente a premissa constitucional da dignidade da pessoa humana.

2.2. A PROBLEMÁTICA DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS: COMO DISTINGUIR USUÁRIO DE TRAFICANTE?

Como dito no tópico anterior, em substituição a Lei 6.368/76, a legislação brasileira sobre drogas foi disciplinada pela Lei 11.343/2006 e trouxe em seu bojo, dentre outras alterações, uma inovação: distinção entre usuário e traficante. Com isto, a nova lei de drogas, introduziu mudanças substanciais no tratamento dispensado aos usuários e aos traficantes de drogas de modo que, enquanto impõe ao usuário um tratamento mais sutil, por considerar delito de ínfimo potencial ofensivo, passa a tratar o traficante de drogas com mais severidade.

O artigo 33 da lei de drogas define como traficante aquele que ?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?, impondo uma pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

26 BASÍLIO, Adriene Jayme. A Guerra Contra As Drogas E A Superlotação Carcerária No Brasil. 2022. 62 f. Monografia. Pontifícia Universidade Católica De Goiás, Goiás, 2022.

13

Por sua vez, a definição de usuário pode ser extraída da leitura do artigo 28 da lei de drogas, a qual dispõe que o usuário é aquele que ?adquire, guarda, tem depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar?.

Contudo, da redação do § 2 do mesmo artigo, verifica-se que cabe ao julgador avaliar se a droga encontrada com o indivíduo se destinava ao uso pessoal, e que, para tanto, deverá levar em consideração aspectos como 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.

Assim prevê o artigo 28 da lei 11.343/2006.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer 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. (BRASIL, 2006)

Da leitura do artigo supramencionado verifica-se que não há um parâmetro preciso de gramatura ou outra medida que permita quantificar o que diferencia o porte de droga para consumo pessoal do tráfico de drogas e sim, critérios pouco objetivos.

Ocorre que, diante do marcante perfil punitivista dos agentes de segurança pública, desde os policiais que apreendem o indivíduo aos magistrados responsáveis pelo julgamento, ficar a critério da subjetividade do julgador quais são os fatores para diferenciar a condição de usuário para traficante é abrir margem para a discricionariedade.

Neste mesmo sentido, assim argumenta Luciana Boiteux 27.

Assim, o sistema brasileiro de controle de drogas atua de forma seletiva e autoritária, pois não limita o poder punitivo, pelo contrário, deixa de estabelecer limites e contornos diferenciadores exatos para as figuras do usuário, do pequeno, médio e grande traficante, e atribui às autoridades, no caso concreto, ampla margem de discricionariedade, o que acarreta uma aplicação injusta da lei. (BOITEUX, 2014, p. 92)

Neste aspecto, embora a lei preceitue que caberá ao juiz, baseado nas circunstâncias da prisão, diferenciar o usuário do traficante, na prática o que se vê é que

27 BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), 2014. p. 92.

14

esta distinção tem início desde a abordagem da polícia que, geralmente, é a única testemunha do fato, e, tendo em vista que sua palavra goza de presunção de veracidade e de presunção de legitimidade28, é peça fundamental na justificativa para as prisões.29

Neste sentido, Alex Agra Ramos30, chama atenção para o caráter racista e discriminatório do sistema de segurança pública no sentido de que o verdadeiro critério na distinção entre o traficante e o jovem usuário consiste na discriminação.

A diferença entre um traficante e um jovem é dada pelo critério racial e com ele, a diferença entre a vida matável e a vida ser preservada. O crime a ser combatido pouco importa, porque não se combate o crime, se combate aquele que é identificado como criminoso, se combate o inimigo. (RAMOS, p. 269, 2020)

Neste sentido, é importante que seja determinado um parâmetro mais objetivo capaz de distinguir consumo pessoal do tráfico de drogas, tendo em vista que, embora este critério não seja o único e determinante, conforme argumenta Alexandre de Moraes (2023), ?a ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes?.

Portanto, a ausência de um critério mais objetivo, que estabeleça uma quantidade

de droga que sirva de parâmetro para o juiz analisar a prisão, tem se mostrado um grave problema de segurança pública, e tem contribuído fundamentalmente com a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, conforme será demonstrado nos capítulos subsequentes.

Neste sentido, Boiteux 31 aduz que:

[...] A atual política criminal de drogas no Brasil é um dos fatores que mais contribuíram para o agravamento da população carcerária. (Boiteux, 2006, p. 233)

Sendo assim, não restam dúvidas que a crise no sistema penitenciário brasileiro foi agravada pela política proibicionista, a qual se manifesta de diversas formas.

31 RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

30 RAMOS, Alex Agra. Dispositivo autocrático de segurança: violência policial e dominação burguesa no Brasil. Salvador, 2020.

29 DE MELO, Michel Cícero M. Acórdãos, Objetos e Territórios: Tráfico de drogas e associação para o tráfico nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 2020. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.

28 Acórdão 1242191, 00011028220198070014, Relator: SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, Segunda Turma Criminal, data de julgamento: 2/4/2020, publicado no PJe: 23/4/2020.

15

Portanto, a abordagem punitiva tem se mostrado ineficaz na redução do tráfico de drogas, enquanto perpetua um ciclo de criminalidade e marginalização. 32

3. ANÁLISE DOCUMENTAL DO SISDEPEN: IMPACTO DA LEI DE DROGAS PARA A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.

A política de combate às drogas adotada no Brasil é regida pela Lei nº 11.343/2006, a qual manteve criminalização do usuário sob o pretexto da prevenção ao uso indiscriminado e garantia do tratamento dos dependentes, com vistas a reinseri-los na sociedade, mas na prática o que se demonstra com a aplicação da referida lei é que jamais a criminalização cumpriu com suas promessas.33

Ademais, da análise dos dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023), verifica-se que o encarceramento por crimes ligados a drogas deu um salto de aproximadamente 300% desde a promulgação da lei de drogas.

Conforme mencionado no capítulo anterior, a ausência de um critério objetivo para o procedimento de distinção entre o consumo próprio e o tráfico de drogas tem contribuído fundamentalmente com a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, pois, a condenação de usuários como se fossem traficantes ajuda a compreender um dos motivos que transformou o Brasil na terceira maior população prisional do planeta34.

Isto ocorre, pois, tal ausência, permite a atuação discricionária do por parte do sistema penal, principalmente quando é a polícia quem classifica a ação do indivíduo, e que em sua maioria será a única testemunha do fato, sendo peça chave para toda a persecução penal.

Portanto, a partir de um estudo descritivo documental da análise dos dados, levantamentos e estatísticas penitenciárias realizados pelo Sistema de Informações do

Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ferramenta utilizada pela Secretaria Nacional de Políticas penais para coletar informações padronizadas e realizar um eficaz mapeamento do sistema penitenciário no Brasil, foi possível analisar o contingente de prisões em razão da lei de drogas.

34 World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research (ICPR), em Birkbeck, Universidade de Londres.

33 PILATI, Rachel Cardoso. Direito penal do inimigo e política criminal de drogas no brasil: discussão de modelos alternativos. 2011. 164 f. Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal De Santa Catarina.

32 WACQUANT, Loïc. As Prisões da Miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

16

3.1. POPULAÇÃO CARCERÁRIA ANTES E DEPOIS DA LEI DE DROGAS.

A Lei 11.343/2006, foi publicada em 24 de agosto de 2006, entrando em vigor a partir do dia 08 de outubro de 2006, revogando expressamente em seu artigo 75, as leis anteriores.

Art. 75. Revogam-se a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. (BRASIL, 2006) 35

Neste sentido, conforme demonstrado anteriormente, a nova lei de drogas trouxe circunstanciais mudanças às legislações anteriores.

Segundo dados extraídos através do último relatório da Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), o Brasil alcançou no segundo semestre de 2023 a marca de 857.999 pessoas em situação de cumprimento de pena, sendo 656.811 em celas físicas (sistema penitenciário e outras carceragens) bem como 201.188 pessoas em prisão domiciliar (com ou sem monitoramento eletrônico) somente no âmbito estadual.36

Por sua vez, no âmbito federal, verifica-se que a população em cumprimento de pena (sistema penitenciário e outras carceragens) consiste em 12.265 pessoas em celas físicas.

É importante ser observado que desde que passou a viger a lei de drogas em 2006, a população carcerária brasileira mais que dobrou, tendo em vista que no ano anterior, sob vigência da Lei nº 6.368/1976 a população carcerária consistia em 401.236 pessoas encarceradas. Ou seja, houve um considerável aumento de 456.763 pessoas privadas de sua liberdade.

Naturalmente, não se pode imputar este aumento considerável unicamente à nova Lei de Drogas, tendo em vista a existência das mais variadas condutas tipificadas no Código Penal. Contudo, não se pode ignorar a sua decisiva influência para a superlotação do sistema carcerário.

Neste sentido, a análise simples dos dados acima mencionados acerca da evolução da população carcerária brasileira entre o período de 2005 a 2023, é um tanto

36 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf

35 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.

17

quanto abstrata. Sendo assim, é importante observar a evolução das prisões especificamente por crimes relacionados à Lei de Drogas.

No 15º ciclo de coleta levantado pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), referente ao segundo semestre de 2023, verifica-se que pelo menos o contingente de 199.731 pessoas respondem por crimes relacionados a Lei de Drogas, sendo que destas, 168.021 respondem pelo crime de Tráfico de Drogas previsto no artigo 33, 25.529 pessoas foram enquadradas no crime de Associação ao Tráfico tipificado no artigo 35, bem como 6.181 pelo crime de Tráfico internacional de drogas previsto no artigo 40 da mesma lei.

Por sua vez, no ano de 2005, ano que antecede o início da vigência da nova lei de drogas, havia no brasil cerca de 31.520 presos pelo crime de Tráfico de entorpecentes e 1.360 pessoas presas pelo crime de tráficos internacional de entorpecentes, totalizando um total de 32.880 pessoas encarceradas37 em razão da aplicação da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.

Fonte: 15º Ciclo Sisdepen (2º semestre de 2023)

Neste sentido, podemos observar que houve um aumento de pelo menos 166.851 pessoas respondendo por crimes relacionados ao envolvimento com drogas ilícitas, o

37 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? InfoPen. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2005.pdf

equivalente a 507%. Verifica-se ainda que, até 2006, os presos por crimes relacionados às drogas correspondiam a aproximadamente 8% da população carcerária brasileira, ocorre que, hodiernamente, este percentual consiste em aproximadamente 25%.38

Portanto, é evidente que a aplicação da Lei 11.343/06 contribuiu de forma significativa para o aumento da população carcerária brasileira, uma vez que a falta de critérios quantitativos claros para diferenciar usuários de traficantes cedeu margem para uma atuação discricionária por parte da polícia e do judiciário, resultando em interpretações subjetivas, o que levou ao encarceramento em massa de usuários como se traficante fossem.

3.2 VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO POLICIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

Conforme exposto nos tópicos anteriores, o parágrafo 2º do artigo 28 da Lei de Drogas, concede margem de discricionariedade ao julgador para, após avaliação de caso concreto, definir se o entorpecente apreendido seria destinado ao uso pessoal ou pra fins de tráfico de drogas, principalmente, em razão da ausência de critérios objetivos que sirvam de parâmetro para que se constate esta diferença, tais como o estabelecimento de gramatura ou outra medida que possibilite a quantificação da droga.

Neste aspecto, conforme aponta o Relatório desenvolvido pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania CESeC (Relatório Um Tiro no Pé, 2021), diante do marcante perfil punitivista dos agentes de segurança pública, desde os policiais que apreendem o indivíduo aos magistrados responsáveis pelo julgamento, ficar a critério da subjetividade do julgador quais são os fatores quantitativos para diferenciar a condição

de usuário para traficante é abrir margem para a discricionariedade.
Ocorre que, esta discricionariedade não tem início quando do julgamento pelo magistrado competente, mas, na verdade, ela ocorre desde a apreensão pela autoridade policial que, conforme a seguir será demonstrado, tem papel determinante quanto a formação da decisão do juízo.
38 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf
19
Conforme Inácio e Bueno, não é plausível que o depoimento de um policial, assim como qualquer outra prova testemunhal de forma isolada, seja considerada prova satisfatória e suficiente para embasar a convicção do juízo para uma eventual condenação, tendo em vista que ?além de não ser neutra ou imparcial, ainda possui o agravante da possibilidade de distorção dos fatos de forma intencional?39.
Ocorre que geralmente os processos que envolvem a Lei de Drogas surgem em decorrência de prisões em flagrante efetuadas pelas autoridades policiais motivo pelo qual, nestes casos é o policial quem poderá narrar as circunstâncias da prisão, informar as características do local de abordagem e afirmar com quem estava a droga.
Portanto, conforme aduz Maria Goete40, o magistrado somente terá o contato com o fato objeto de investigação a partir da perspectiva da autoridade policial que realizou a abordagem e realizou a prisão, momento em que classifica a infração penal, de modo que a palavra do policial tem função determinante na formação do convencimento do magistrado.
Sob essa mesma linha argumentativa, argumenta Boiteux (2014):
Com tais critérios extremamente vagos, e de difícil aplicação, a distinção no caso concreto acaba sendo feita pela primeira autoridade que tem contato com o acusado, prevalecendo a visão subjetiva desta, sendo excessivamente ampla a discricionariedade concedida ao policial. (BOITEUX, 2014, p. 90)
Neste sentido, Luis Carlos Valois41, após análise de inquéritos policiais relacionados aos crimes da lei de drogas, nas capitais de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e também no Distrito Federal, argumenta que 74% das prisões em flagrante pelo crime de tráfico de drogas (Art. 33 da Lei 11.343/06) tem como testemunhas apenas os policiais que realizaram a abordagem.
Para consubstanciar a pesquisa acima mencionada, faz-se mister destacar pesquisa similar realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da Universidade de São Paulo (USP), através de estudo denominado ?Prisão Provisória e Lei de Drogas ? Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo?.
Da análise da pesquisa do NEV, verifica-se que chegou-se a percentual equivalente ao exposto por Valois, qual seja, em 74% das prisões em flagrante em razão
41 VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, p. 493, 2021.
40 JESUS, Maria Gorete Marques de. ?O Que Está no Mundo não Está nos Autos?: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. São Paulo: Tese (Doutorado em Sociologia) ? Universidade de São Paulo, 2015.
39 Mariana Secorun Inácio e Marina Manzoni Bueno, Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP.

Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021, p. 24.
20
da lei drogas, a testemunha é apenas o policial que realizou o flagrante, acrescentando ainda que, por sua vez, em 26% dos dos casos as testemunhas são a própria autoridade policial mais testemunha civil.
Ademais, o estudo mencionado evidencia ainda que 91% destes processos cuja única prova é o testemunho policial terminam com a condenação do réu pelo crime de tráfico de drogas.
Noutro aspecto, é importante trazer à lume também o levantamento realizado pela Agência Pública, o qual evidencia que nos processos cuja apreensão de droga foi até 10 gramas, em aproximadamente 84% dos casos a única prova considerada irrefutável foram os depoimentos dos policiais que realizaram a apreensão.42
Ainda de acordo com este levantamento, verifica-se das decisões analisadas que nos processos cuja única testemunha são os policiais, houve o percentual de 59% de condenações ao passo que quando houveram testemunhas civis este percentual foi reduzido para 44 %.
Esta diferença também fica demonstrada no que diz respeito ao índice de absolvição, tendo em vista que quando houveram testemunhas civis o índice de absolvição consistiu no percentual de 21 %, ao passo que quando as testemunhas foram apenas policiais o índice de absolvição caiu para apenas 14 %.
Nesta senda, Alba Zaluar 43 afirma que o poder policial e judiciário tem-se posicionado na verdade numa caça aos usuários, e não aos grandes traficantes.

> [...] seria melhor se as forças de polícia não fossem empregadas para caçar os consumidores de droga ou os pequenos negociantes, e atribuíssem muito mais seus recursos à repressão de grandes traficantes e de lavadores do dinheiro sujo (ZALUAR, 2007, p. 03).

Portanto, ante todo o exposto, a ausência de critérios objetivos que diferenciem as condutas previstas no art. 28 e no art. 33 da Lei 11.343/06, tem permitido que a palavra dos policiais tenha o papel mais importante nos processos desta natureza, de modo que no fim das contas é quem efetivamente tipifica a conduta praticada pelo sujeito no delito de tráfico de drogas.44
44 Mariana Secorun Inácio e Marina Manzoni Bueno, Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021.
43 ALBA ZALUAR. Democratização Inacabada: Fracasso da Segurança Pública, 2007.
42 DOMENICI, Thiago e BARCELOS, Iuri. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. Disponível em: Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo - Agência Pública. Acesso em: 22/04/2024.
21

4. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POLÍTICA DE DROGAS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RE 635.659.

O Supremo Tribunal Federal (STF), representa a instância superior do Poder Judiciário brasileiro, desempenhando uma função primordial na salvaguarda da ordem jurídica e na preservação dos preceitos estabelecidos na Constituição Federal.
Sendo assim, como órgão guardião da Carta Magna, compete-lhe a missão

precípua de assegurar a conformidade das leis e atos normativos infraconstitucionais com os ditames constitucionais, consubstanciando-se, portanto, como o bastião máximo da legalidade e da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro.
Assim, dispõe o caput do artigo 102 da Constituição de 1988:
Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
Neste sentido, conforme delineado nos capítulos anteriores, a aplicação da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) tem causado uma série de problemas no âmbito da segurança pública, sobretudo porque tem contribuído significativamente para a superlotação das prisões no Brasil, uma vez que parcela considerável da população carcerária encontra-se detida pela incidência no crime de tráfico de drogas, fato que quem tem agravado as condições já precárias do sistema prisional nacional.
Diante desta problemática, através do julgamento do Recurso Extraordinário (635.659), avalia-se a consonância, ou não, do artigo 28 da Lei 11.343/2006, que trata do porte de drogas para uso pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada sob pena de violação ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.
Este julgamento tem atraído significativa atenção devido às suas implicações na política de drogas, direitos individuais e segurança pública.
Para compreender o julgamento em sua integralidade, necessário se fez analisar os autos mediante acesso ao Supremo Tribunal Federal.
Defende-se a importância dessa metodologia de busca, pois ela facilita o acesso às informações essenciais para o entendimento e o acompanhamento desse julgamento, já que permite a localização mais precisa de documentos, incluindo decisões, acórdãos, votos dos ministros, despachos e pareceres.
Neste sentido, foi adotado esse meio de pesquisa também em razão da sua confiabilidade, pois, o site do STF é atualizado constantemente para refletir os últimos
22
acontecimentos e decisões relacionados ao RE 635659. Esta atualização contínua assegura que as informações disponíveis são sempre as mais recentes, permitindo que os usuários se mantenham informados sobre o progresso e os desdobramentos do caso.
Portanto este suporte de busca permite uma análise detalhada dos argumentos apresentados, das fundamentações jurídicas e das interpretações dos ministros.
4.1. PERCURSO METODOLÓGICO EMPREGADO PARA ANÁLISE DO JULGAMENTO
Para obter os resultados pretendidos, quais sejam, as informações preliminares, partes e decisões no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, necessário se fez adentrar ao sítio eletrônico do Supremo, mediante acesso ao link
https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145.
Em seguida, ao clicar na aba ?Processos? e digitar o número do processo originário (0018946-13.2009.8.26.0161), ou clicar na aba ?Repercussão Geral? e colocar o número do tema, neste caso o 506, somos imediatamente direcionados a página onde temos acesso a todas as informações necessárias para o desenvolvimento deste trabalho.

A partir do acesso ao sítio eletrônico mencionado, podemos ter acesso às publicações durante o julgamento mediante acesso ao ?Diário da Justiça Eletrônico (Dje)?, a ?Jurisprudência? (reconhecimento da repercussão geral, publicada em 09/03/2012), bem como ao leading case que nos fornece as informações gerais do processo, e, por fim acesso às peças processuais, tais como pedidos de ingresso como Amicus Curiae, sustentação oral etc, bem como acesso ao despachos e decisões prolatadas, mediante acesso a aba ?Peças?.

Por sua vez, não foi possível obter acesso ao inteiro teor do votos de todos os ministros, uma vez que alguns votos ainda não foram disponibilizados. Neste sentido, buscando a íntegra/inteiro teor dos votos dos ministros, tendo em vista a escassez em outros meios de pesquisa, necessário se fez entrar em contato, através de e-mail, com a Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do Supremo Tribunal Federal, setor responsável pelas pesquisas judiciárias no âmbito do supremo.

Neste momento, obtive o seguinte esclarecimento: ?Informamos que o referido julgamento ainda não foi finalizado, conforme o andamento processual, o julgamento foi suspenso por motivo de pedido de vista, e os ministros que votaram, ainda não
23
disponibilizaram seus votos. Sendo assim, só conseguimos disponibilizar os votos, no final do julgamento, com a publicação do referido acórdão."

Diante disso, obtive acesso tão somente ao inteiro teor dos votos do ministros Alexandre de Moraes, do relator Gilmar Mendes, Luis Roberto Barroso, e do Fachin, não foi possível ter acesso ao inteiro teor de todos os ministros, motivo pelo qual se fez necessário buscar fontes jornalísticas confiáveis, bem como ouvir os votos disponibilizados em plataformas de audiovisual, tais como o canal oficial do Supremo Tribunal Federal no YouTube.

4.2. DESCRIÇÃO DO JULGAMENTO

O referido julgamento foi iniciado após a interposição de recurso em favor de um condenado por porte de 3g (gramas) de cannabis sativa (maconha) que o Recorrente alegava ser para consumo próprio. Ocorre que, diante da condenação, a Defensoria Pública do estado de São Paulo interpôs recurso sob a alegação da inconstitucionalidade do art. 28, em face da violação do art. 5º, X, da Constituição Federal.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988)

Assim, no decorrer do julgamento, explicou o ministro relator Gilmar Mendes45:

No caso em análise, o art. 28 é impugnado sob o enfoque de sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. Não se funda o recurso na natureza em si das medidas previstas no referido artigo, mas, essencialmente, na vedação constitucional à criminalização de condutas que diriam respeito, tão somente, à esfera pessoal

do agente incriminado. (2015, p. 3 e 40)
Em dezembro de 2011, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a existência de repercussão geral na questão em debate sobre a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas (STF, 2011), motivo pelo qual o Ministro Gilmar Mendes, sorteado relator do caso, destacou a relevância social do tema
45 MENDES, Gilmar Ferreira. RE 63659/SP. Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes proferido em 20/08/2015.
24
e defendeu a importância da Corte se manifestar para pacificar a questão da possibilidade de descriminalização do porte de drogas para consumo próprio.
O julgamento teve início no Plenário do Supremo Tribunal Federal em 19 de agosto de 2015, e foi suspenso em setembro do mesmo ano após o pedido de vista do Ministro Teori Zavascki.
FICHA TÉCNICA LEADING CASE INSTÂNCIA RELATOR PROC.
ORIGINÁRIO
RECURSO
EXTRAORDINÁRIO
635.659
STF GILMAR
MENDES
0018946-13.2009.8.
26.0161
TRAMITAÇÃO PROTOCOLO
DA AÇÃO
RECONHECIMENTO DA
REP. GERAL (TEMA 506)
STATUS ATUAL
22/02/2011 09/12/2011 EM JULGAMENTO
Fonte: Supremo Tribunal Federal.
Após o falecimento do Ministro Teori Zavascki, o processo foi redistribuído, e novos debates surgiram, especialmente com a mudança de composição do STF. E, desde então, dos 11 (onze) ministros que compõem a Suprema Corte, votaram apenas 8 (oito). Dentre estes, os ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Rosa Weber votaram de forma favorável ao afastamento da criminalização do porte de maconha para consumo próprio. Por sua vez, os ministros Cristiano Zanin Martins, Kássio Nunes Marques e André Mendonça posicionaram-se de forma oposta.
Dessa forma, até o momento, o julgamento registra um placar de 5 a 3, com maioria de votos para afastar a criminalização do porte de maconha para consumo próprio. Contudo, o processo encontra-se suspenso após pedido de vistas do Ministro Dias Toffoli, para melhor análise, portanto, além de seu voto, ainda votarão os ministros Luiz Fux e Cármen Lúcia.
Conforme supracitado, o tema em julgamento trata da constitucionalidade dos tipos penais do art. 28 da Lei 11.343/06, de modo que se discute a inexistência de

lesividade na conduta de porte de droga para consumo pessoal e o exercício da
25
autonomia privada, a qual é constitucionalmente protegida pelo direito à vida íntima, não havendo, portanto, qualquer ofensa à tutela da saúde pública.
Portanto, o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635.659, em andamento no Supremo Tribunal Federal (STF), representa um marco significativo na interpretação e aplicação da legislação brasileira referente ao porte de drogas para uso pessoal, e, sua decisão poderá ser um importante passo no caminho para amortização dos efeitos desta política que tem se demonstrado ineficaz em seus objetivos.
4.3. OS VOTOS DOS MINISTROS
Conforme já demonstrado, o Ministro Gilmar Mendes é o relator do julgamento ora analisado. Ainda em 2015, o ministro votou a favor da descriminalização do porte de qualquer tipo de droga desde que para consumo pessoal (STF, 2015).
O ministro iniciou sua abordagem, prestando esclarecimentos, sob a ótica do princípio da proporcionalidade, acerca dos crimes de perigo abstrato e as políticas regulatórias no contexto da Lei de Drogas, notadamente em relação ao usuário.
Em seu voto, Mendes destacou que não existem estudos suficientes ou incontroversos que demonstrem que a proibição é o meio mais eficaz no combate ao tráfico de drogas, enfatizando ainda que, em que pese tenha sido aplicada esta política de drogas, frequentemente chamada de "Guerra às Drogas", o tráfico tem aumentado consideravelmente nas últimas décadas.
O relator, destacou a importância de definir uma distinção precisa entre tráfico de drogas e posse para consumo pessoal, sob o argumento de que esta é crucial para o destino da pessoa abordada, tendo em vista que ela pode ser presa por até quinze anos, se condenada por tráfico, ou permanecer livre, sujeita apenas a medidas transitórias previstas no artigo 28, sem repercussões penais, se classificada como usuária.
O ministro demonstrou extrema preocupação quanto à seletividade do sistema penal, com indicações de tratamento mais rigoroso para pessoas em situação de vulnerabilidade, especialmente os viciados, tendo em vista que a interpretação subjetiva dos fatos pode levar a decisões arbitrárias.
?Da mesma forma, a percepção geral é de que o tratamento criminal aos usuários de drogas alcança, em geral, pessoas em situação de fragilidade econômica, com mais dificuldade em superar as consequências de um processo penal e reorganizar suas vidas depois desqualificados como criminosos por condutas que não vão além de mera lesão pessoal.
26
Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional.? (MENDES, STF, 2015)
Argumenta ainda, noutro aspecto, que o consumo de qualquer substância é uma decisão estritamente privada, e qualquer dano decorrente disso afeta principalmente a saúde do próprio usuário, motivo pelo qual proibir esse consumo é desrespeitar a decisão individual do ser de arriscar a própria saúde, afastando, portanto, a saúde

pública como bem jurídico tutelado.
Neste sentido, vota pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, afastando, portanto, qualquer efeito penal no dispositivo. Porém, mantendo as medidas administrativas até nova legislação específica.
?Tendo em conta os resultados retratados na pesquisa sobre práticas integrativas, há pouco noticiada, afigura-se que a aplicação, no que couber, das medidas previstas no referido artigo, sem qualquer efeito de natureza penal, mostra-se solução apropriada, em caráter transitório, ao cumprimento dos objetivos da política nacional de drogas, até que sobrevenha legislação específica.? (MENDES, STF 2015)
É importante destacar ainda que, no decorrer do julgamento, após o voto de Alexandre de Moraes, o ministro relator reajustou seu voto no sentido de descriminalizar tão somente o porte de maconha.
Em seguida, o ministro Edson Fachin também manifestou seu voto nos termos do relator, Gilmar Mendes, se alinhando ao pensamento de que o consumo de drogas deve ser considerado como fato da autodeterminação individual, de modo que tal consumo diz respeito à intimidade e privacidade do indivíduo (STF, 2015).
Fachin destaca ainda que, o caso em análise envolve especificamente o porte de maconha, e, que por prudência judicial, a decisão do Supremo Tribunal Federal de descriminalizar o porte de drogas para consumo pessoal deve ser limitada a essa substância.
O ministro Fachin faz questão de destacar que, sob a sua ótica, os critérios ou parâmetros objetivos para diferenciar o traficante do usuário deve ser fixado tão somente pelo Congresso Nacional.
Por sua vez, o ministro Luís Roberto Barroso, assim como Gilmar Mendes e Edson Fachin, também destacou que a medida implica que o Estado não tem autoridade para interferir ou punir o porte de drogas para consumo pessoal (STF, 2015).
27
Ocorre que, faz questão de frisar que tal medida não é equivalente à legalização do consumo de qualquer droga ilícita, nem mesmo a maconha, embora reconheça a inconsistência de descriminalizar o consumo enquanto a produção e distribuição de drogas continuam sendo crimes.
Barroso, demonstrando notória preocupação com o encarceramento gradativo da população brasileira, fez questão de ressaltar as implicações da criminalização do porte de pequenas quantidades de maconha para o elevado número de prisões no Brasil, especialmente entre jovens negros. Argumentando ainda que, é fundamental estabelecer uma quantidade específica para diferenciar o usuário do traficante.
Para a determinação do critério quantitativo na distinção entre usuário e traficante, o Ministro Luís Roberto Barroso, cita critérios adotados em outros países como exemplos a serem considerados. O Ministro esclarece que no Uruguai é adotado o critério de 40 gramas, na Espanha o critério de 100 gramas e, em Portugal, o qual considera uma experiência de sucesso, 25 gramas.
Diante disso, baseando-se nestes modelos, Barroso estabelece um critério quantitativo de 25g como o limite para presumir o portador como usuário,

argumentando que esta presunção é tão somente inicial, de modo que pode ser refutada pelo magistrado de acordo com as circunstâncias no caso concreto. Noutro aspecto, no que diz respeito ao cultivo de Cannabis para consumo próprio, o Ministro propõe um limite de até 6 plantas fêmeas.

Em sequência, o Ministro Alexandre de Moraes argumenta que a problemática na aplicação da lei diz respeito ao artigo 28 da Lei de Drogas, pois, em sua visão, tal disposição aumentou a discricionariedade tanto da autoridade policial quanto do Ministério Público e das autoridades judiciais.

Argumentou ainda que, com a nova lei, o que antes era classificado como usuário passou a ser rotulado como pequeno traficante, acarretando em penas mais severas, e superlotando o sistema carcerário.

Diante disso, o Moraes votou pela descriminalização do porte de maconha para uso pessoal, propondo que seja presumido usuário aquele que guarde, tenha, transporte ou traga consigo até 60 gramas de maconha, ou seis plantas fêmeas.

Argumentou com isto que essa presunção seria relativa, permitindo à autoridade policial considerar outros critérios que possam caracterizar o tráfico de entorpecentes, tais como, a forma de acondicionamento, a diversidade de entorpecentes encontrados 28
com a pessoa, e a apreensão de instrumentos, como balanças, cadernos de anotação e celulares.

Moraes esclarece ainda que estes critérios devem ser considerados durante a audiência de custódia, e, portanto, se o indivíduo estiver com quantidades inferiores às estabelecidas, a autoridade judicial deverá fundamentar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva com base em outros critérios que caracterizem o tráfico. Por outro lado, se a quantidade encontrada for superior à presumida para uso pessoal, a autoridade judicial deverá permitir que o indivíduo comprove que se trata de um usuário e não de um traficante.

No seu voto, a Ministra Rosa Weber também seguiu o entendimento do ministro relator, manifestando seu voto no sentido da descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, ajustando sua posição para que o julgamento se aplicasse exclusivamente ao porte de maconha, argumentando estar plenamente convencida de que é mais apropriado restringir o julgamento apenas a essa substância.

Weber, argumentou que, durante suas visitas nas unidades prisionais brasileiras, como presidente do Conselho Nacional de Justiça, pôde observar de perto a gravidade da situação de tais unidades e que a política de drogas ora aplicada tem contribuído de forma contundente para o agravamento desta situação.

Noutro aspecto, argumentou ainda que o consumo estritamente pessoal de drogas representa um risco à saúde individual do usuário e, portanto, deve ser tratado no âmbito das políticas públicas de saúde e reinserção social, em vez de ser abordado predominantemente pelo aparato penal do Estado.

Ancorada nestes argumentos, a Ministra aderiu ao critério estabelecido pelo Ministro Alexandre de Moraes para diferenciar usuários de traficantes, que é de até 60 gramas de maconha para ser classificado como porte pessoal. Neste sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso, originalmente propondo um limite de 25 gramas, demonstrou

estar aberto a ajustar seu voto para se alinhar à maioria em relação à quantidade estabelecida.

O Ministro Cristiano Zanin Martins, primeiro a negar provimento ao Recurso, abriu a divergência no julgamento e votou contra a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343 sob o argumento de que isto poderia potencializar o problema do encarceramento, pois, sob a sua ótica, seriam removidos os únicos parâmetros legais disponíveis para distinguir entre o usuário e o traficante.

29

Neste sentido, o ministro votou pela constitucionalidade do referido artigo, notadamente chamando atenção pela manutenção do critério já existente no parágrafo 2º.

Contudo, em que pese tenha se posicionado de forma divergente, segue a maioria no no que diz respeito a quantidade de maconha a ser fixada como parâmetro orientador que sirva de limite para distinguir uso e tráfico, ou seja, 25 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, propondo a seguinte redação:

?1) É constitucional o artigo 28 da Lei 11.343.

2) Para além dos critérios estabelecidos no parágrafo 2º do artigo 28 da Lei 11.343 para diferenciar o usuário de maconha do traficante, o tribunal fixa, como parâmetro adicional, a quantia de 25 gramas ou seis plantas fêmeas para configuração de usuário da substância, com a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante fundamentação exauriente das autoridades".? (MARTINS, STF, 2023)

O Ministro André Mendonça adota uma posição cautelosa, argumentando que tal medida poderia ser interpretada como um aval para o consumo o que, potencialmente, acarretaria prejuízos à saúde pública.

Ademais, entende que a discussão sobre a descriminalização deve ocorrer dentro do poder legislativo, respeitando o devido processo democrático. Neste sentido, propõe que seja declarada a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas e seja estabelecido um prazo para o Congresso Nacional deliberar a temática e definir critérios objetivos para diferenciar o porte para consumo pessoal e para tráfico de drogas.

Noutro aspecto, propõe ainda que sejam caracterizados como usuários aqueles que portarem até 10g de maconha, o que acredita ser equivalente a 36 cigarros, até que o Congresso delibere sobre o assunto.

Por fim, o Ministro Kassio Nunes Marques, vota em posição alinhada com a visão de que a descriminalização do porte de maconha para uso pessoal deve ser uma decisão do Legislativo e não do Judiciário.

O Ministro destaca ainda que, em sua ótica, o consumo de drogas vai além do próprio usuário tendo em visto que afeta também a sociedade em geral e que, portanto, a manutenção da criminalização, conforme previsto no artigo 28, funciona como um fator inibitório tanto para o consumo quanto para o tráfico de entorpecentes.

Por fim, o ministro Dias Toffoli, pediu vista para examinar de forma mais minuciosa o processo antes de proferir seu voto e terá até 90 dias para explorar o

30

processo antes de devolvê-lo para Barroso. E, como supramencionado, após seu voto,

ainda votarão os ministros Luís Fux e Cármen Lúcia.

5. IMPACTO DO JULGAMENTO DO RE 635.659 NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

A descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal está a um passo de se tornar realidade no Brasil, uma vez que, conforme exposto no capítulo anterior, cinco ministros já proferiram votos favoráveis à medida, motivo pelo qual resta apenas mais um voto favorável para que se forme a maioria.

Diante da iminente decisão favorável à descriminalização do porte de maconha para uso pessoal no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, torna-se fundamental considerar as consequências do afastamento da incidência do Direito Penal nesse contexto específico e quais as potenciais consequências para a sociedade.

Neste sentido, em se confirmando a descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal, bem como estabelecido um critério objetivo quantitativo que sirva de parâmetro limite para qualificar o usuário ou o traficante, quais seriam os impactos desta decisão, notadamente no âmbito do sistema carcerário brasileiro?

Inicialmente, o primeiro impacto seria no âmbito do poder judiciário brasileiro, uma vez que as pessoas apreendidas com drogas, dentro dos limites estabelecidos pelo supremo, não seriam mais presas ou processadas como se traficante fossem, desde que ausentes os outros elementos que denotem tráfico, tais como balança de precisão, arma, munição, anotações contábeis referentes ao comércio de substâncias ilícitas e etc.

Diante disso, levando em consideração a média de crescimento do número de presos e processados em razão da Lei de Drogas desde 2006, a medida indica uma possível redução no número de processos judiciais em trâmite no judiciário, uma vez que, em sua maioria, são presos com pouca quantidade de drogas. Para consubstanciar isto, Marcelo Semer46 aponta que aproximadamente 50% dos encarcerados foram presos por estar na posse de menos de 100 gramas de maconha ou 50 gramas de cocaína.

Cumpre destacar, portanto, que a quantidade de drogas apreendidas tem sido fundamental no enquadramento do agente como usuário ou traficante.

46 SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019, p. 285-286.

31

Ocorre que, mesmo fixado um novo parâmetro, não se pode falar em soltura automática dos presos ou medidas similares, uma vez que a quantidade de substância não é o único critério para caracterizar alguém como traficante.

Sendo assim, os detentos serão potencialmente impactados pelo julgamento, pois, uma vez que tais critérios serão meramente orientadores, devem buscar a jurisdição para solicitar uma revisão criminal, na qual suas penas serão reavaliadas à luz dos novos parâmetros e das circunstâncias específicas de seus casos, momento em que será decidido pela reclassificação, ou não, da conduta para consumo pessoal.

Por sua vez, à médio prazo, o impacto desta decisão atingiria o sistema carcerário brasileiro, uma vez que, superada a adoção dos critérios subjetivos transferidos à estrutura do Poder Judiciário para definir o usuário e o traficante, os quais são fundamentados nas circunstâncias sociais e pessoais, localidade e condições em que se desenvolveu a ação, e adotados parâmetros quantitativos objetivos, evitando, assim,

que o subjetivismo das autoridades gerem decisões contraditórias, a tendência é uma redução da superlotação carcerária.

Para consubstanciar isso, faz-se mister sublinear a perspectiva apresentada pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) em conjunto com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos do Ministérios de Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP), em torno do julgamento do crime de tráfico de drogas no judiciário brasileiro.

Os cenários analisados pelo IPEA e SENAD/MJSP, tiveram como base os critérios sugeridos em nota técnica do Instituto Igarapé colacionado aos autos em 2015, a qual pugna pela urgência de estabelecimento de parâmetros objetivos na distinção entre traficante e usuário, a partir dos quais os agentes públicos possam avaliar de forma mais precisa e justa.

A nota técnica do Instituto Igarapé, pelos especialistas que a subscrevem, destaca ainda que parâmetros propostos, e, eventualmente adotados pelo Supremo, tem natureza de presunção relativa, uma vez que julgador pode, desde que de forma fundamentada, desconsiderar tais critérios se os demais critérios legais apontarem para a condição de traficância.

De acordo com a referida nota técnica, para adotar esses parâmetros, foram consideradas as experiências internacionais, os padrões nacionais de consumo de drogas e a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal.

32

CENÁRIO 1 CENÁRIO 2 CENÁRIO 3

25 gramas 40 gramas 100 gramas

6 plantas fêmeas 10 plantas fêmeas 20 plantas fêmeas

Fonte: Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA)

A definição por algum destes critérios para distinguir usuários e traficantes pode atingir de forma significativa os casos em andamento, potencialmente resultando na reclassificação de alguns indivíduos que anteriormente eram considerados traficantes como simples usuários de drogas. Inclusive, para além da definição de gramatura, destaca-se a importância de definição da quantidade de plantas para cultivo, para evitar possíveis erros que levem ao enquadramento no inciso II do §1º do art. 33.

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.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

[...]

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; (BRASIL, 2006)

De acordo com o resultado final da pesquisa do IPEA, se adotados os critérios

previstos no ?Cenário 1?, ou seja, gramatura no limite de 25 gramas ou 6 (seis) plantas fêmeas, conforme sugerido pelos ministros Cristiano Zanin Martins e Kássio Nunes Marques no durante o julgamento do RE 635.659, aproximadamente 27% dos presos condenados por tráfico de drogas, cuja a substância apreendida foi maconha, poderiam ter suas penas revistas para uma possível requalificação da condição de traficante para usuário.

33

Por sua vez, a adoção do critério proposto no ?Cenário 2?, o qual estipula o limite de 40 gramas de maconha ou 10 (dez) plantas fêmeas, poderia resultar na revisão das penas de aproximadamente 33% dos condenados. Em consonância a este cenário, os ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso propuseram um limite de 25 a 60 gramas, bem como o cultivo de até 6 plantas fêmeas, de modo que entre 27 e 40 % das penas podem ser revistas.

E, finalmente, se adotado o critério do ?Cenário 3?, cujo limite seria maior, na gramatura de 100 gramas de maconha ou 20 (vinte) plantas fêmeas, limite que chegou a ser proposto pelo ministro Luís Roberto Barroso, cerca de 48% dos condenados por tráfico poderiam ter suas penas revistas.

Vale destacar ainda que, o Ministro André Mendonça propôs o limite de até 10 gramas, o que, segundo Marcelo Semer, após denso estudo acerca do papel dos juízes no encarceramento47, representa aproximadamente 14% das prisões por porte de maconha.

Ademais, o estudo do Ipea, demonstra ainda que, para além da maconha, no caso da cocaína, pelo menos o percentual de 31% dos presos por tráfico poderia ter sua pena revista caso o Supremo fixasse um parâmetro de 10 gramas, bem como o percentual de 37% caso fosse fixado o limite de 15 gramas.

Sendo assim, o estudo projeta a possibilidade de reclassificar como porte para uso de drogas, aproximadamente, entre 27 e 48% das apreensões de cannabis e entre 31 e 37% das apreensões de cocaína.

Neste sentido, à luz do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, verifica-se que os critérios sugeridos pelos ministros estão, em sua maioria, em consonância aos critérios adotados pelo Ipea na realização de sua pesquisa.

Em tempo, é importante destacar ainda que o julgamento do Recurso Extraordinário 635.59 está em curso há aproximadamente 9 (nove) anos. E, esta morosidade na definição, pode ter contribuído para o aumento da população carcerária, conforme verifica-se dos dados extraídos através do SISDEPEN.

De acordo com os dados extraídos pelo SISDEPEN, observa-se no levantamento realizado no último semestre de 2014, ano que antecede o início do julgamento, que o Brasil tinha à época um contingente de 147.475 pessoas privadas de liberdade por crimes relacionados à lei de drogas.

47 SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019.

34

Ocorre que, diante da morosidade no julgamento, este contingente cresceu significativamente, alcançando a marca aproximada de 200.000 presos no segundo

semestre de 2023, conforme 15º ciclo de coleta levantado pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ou seja, um aumento de aproximadamente 35%.
Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN - 15º ciclo de coleta).
Sendo assim, destaca-se que, levando em consideração os cenários apresentados pelo Ipea, este aumento poderia ter sido evitado se o julgamento já houvesse sido definido. Portanto, conforme argumenta Alexandre de Moraes48, a fixação de critérios mais objetivos para a distinção entre traficantes e usuários levariam a diminuição da discricionariedade policial no momento da realização do flagrante e, posteriormente, a discricionariedade do Ministério Público no momento da denúncia e a judicial na tipificação final da conduta, o que, consequentemente reduziria o número das prisões em razão da lei de drogas.
48 DE MORAES, Alexandre. RE 63659/SP. Voto do Ministro Alexandre de Moraes proferido em 02/08/2023, p. 25-27.
35
CONSIDERAÇÕES FINAIS
Este trabalho buscou compreender os fundamentos da configuração da Lei 11.343/2006, bem como, ancorado em dados estatísticos, entender os reflexos da sua aplicação no sistema penitenciário brasileiro.
Para tanto, foi traçada uma perspectiva histórica acerca da utilização de substâncias psicoativas, bem como as origens da política proibicionista de drogas buscando entender suas causas e consequências. Sendo assim, foi possível vislumbrar que há milênios essa prática é utilizada pelas mais diversas culturas para os mais variados fins, sejam eles ritualísticos, religiosos ou de cunho pessoal.
Após isto, buscou-se compreender as raízes do proibicionismo no Brasil, momento em que observou-se que o proibicionismo foi alicerçado, notadamente por questões morais, econômicas e sociais, ou seja, embora criado sob o crivo da proteção da saúde pública, este argumento, na verdade, se mostra secundário.
Buscando compreender o impacto da Lei de Drogas no sistema carcerário brasileiro, foi realizada uma pesquisa do tipo documental com análise dos dados estatísticos do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN). Neste momento, através do levantamento realizado, observou-se que após o advento da lei de drogas, a população carcerária brasileira mais que dobrou, e, embora não se possa imputar este crescimento unicamente à Lei de Drogas, não se pode ignorar sua decisiva influência para que fossem atingidos estes números.
Conforme os dados levantados, o número de presos por crimes relacionados a drogas no Brasil sob a vigência da Lei nº 6.368/76 consistia no montante de 32.880 até o fim de 2005. Por sua vez, com o advento da Lei nº 11.343/06, Lei de Drogas em vigor, este número atingiu o contingente de 199.731 presos, portanto, verificamos um aumento de pelo menos 166.851 pessoas privadas de liberdade em razão desta lei, ou seja, um impactante aumento no percentual de aproximadamente 507%.
Por fim, foi analisado o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (Tema 506), buscando compreender os possíveis impactos da eminente decisão pelo Supremo

Tribunal Federal que, descriminalizando ou não o porte para consumo pessoal da maconha, fixará um critério objetivo que servirá de parâmetro para auxiliar no julgamento dos crimes relacionados a drogas.

Conforme exposto, os critérios sugeridos pelos ministros variam do limite mais conservador de apenas 10 gramas de cannabis, para a gramatura mais liberal de 100

36

gramas, destacando ainda que, em sua maioria, os ministros sugeriram que seja fixado o parâmetro de 25 gramas ou 6 plantas fêmeas para cultivo.

Assim, após análise dos estudos realizadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) em conjunto com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos do Ministérios de Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP), foi possível chegar a conclusão de que se estabelecido um critério de 25 gramas de maconha ou 6 plantas fêmeas 27% dos presos por porte de maconha poderão ter suas penas revistas, se fixado um parâmetro de 40 gramas ou 10 plantas fêmeas este percentual seria de pelo menos 33%, e, por, fim, se fixado o parâmetro de 100 gramas, cerca de 48% dos presos poderiam pedir revisão criminal e ter suas penas revistas.

Conclui-se, portanto, que ante todo o exposto no decorrer deste trabalho, a Lei 11.343/06, teve papel decisivo no aumento da população carcerária brasileira. Principalmente porque, a ausência de critérios quantitativos claros para distinguir o usuário do traficante deixou lacunas legais que permitiram a atuação discricionária do poder público, notadamente pelos policiais e juízes.

A decisão do Supremo Tribunal em estabelecer um parâmetro objetivo para distinguir entre usuários e traficantes de drogas é uma medida importante, ainda que não resolva de imediato a problemática da superlotação carcerária. No entanto, essa decisão tem o potencial de conter o crescimento exponencial da população prisional, o que, por sua vez, poderá contribuir para a redução da superlotação ao longo do tempo.

37

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Marcelo Caetano Bittencourt Pizzani Ribeiro. Análise Crítica dos Impactos da Lei 11.343/06 nos Rumos do Encarceramento no Brasil. Fortaleza/CE, Vol. 11, Edição 231, 2023. Disponível em: http://dx.doi.org/10.35265/2236-6717-231-12510. Acesso em 23 jun. 2024

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659. Tema: Repercussão Geral 506. Recorrente: Francisco Benedito De Souza. Recorrido: Ministério Público Do Estado De São Paulo. Relator: Gilmar Mendes. Órgão De Origem: TJSP - 1º Colégio Recursal - Central São Paulo. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145. Acesso em 12 mai. 2024.

_____. Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915. Promulga a Convenção Internacional do Ópio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assinados na Haya. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 3597. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D11481.html. Acesso em: 16 jun. 2024

_____. Decreto nº 4.294, de 06 de julho de 1921. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 13407. Disponível em:https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-publicacaooriginal-92525-pl.html. Acesso em 16 jun. 2024

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 23911. Coleção de Leis do Brasil - 194 0, Página 187 Vol.7. 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: 14 jun. 2024

_____. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 out. 1976. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6368-21-outubro-1976-357249-norma-pl.html. Acesso em: 10 mai. 2024

_____. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2

BASILIO, Adriene Jayme. A Guerra Contra As Drogas E A Superlotação Carcerária No Brasil. 2022. 62 f. Monografia. Pontifícia Universidade Católica De Goiás, Goiás, 2022.

BLOCK, Walter. Drug prohibition: a legal and economic analysis. Journal of Business Ethics, Worcester, v. 12, p. 689-700, set. 1993.

BOITEUX, Luciana. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade. 273 f. Tese (doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em:
38
https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf Acesso em: 12 mai. 2024.

_____, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), 2014. p. 92.

CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

COFFI, Pedro Pasquotto. A ausência de critérios objetivos na lei 11.343/2006. 2018. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Penal e Criminologia. Porto Alegre. 2018, P. 37.

DE MELO, Michel Cícero M. Acórdãos, Objetos e Territórios: Tráfico de drogas e associação para o tráfico nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 2020. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em:

https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf. Acesso em: 27 mai. 2024
DOMENICI, Thiago e BARCELOS, Iuri. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. Disponível em: Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo - Agência Pública.
ESCOHOTADO, Antônio. História General de Las Drogas. 3. ed. rev. aum. Madri: Alianza, 1995. 3 v
FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf. Acesso em: 12/04/2024. Acesso em: 30 mai. 2024.
JESUS, Maria Gorete Marques de. ?O Que Está no Mundo não Está nos Autos?: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. São Paulo: Tese (Doutorado em Sociologia) ? Universidade de São Paulo, 2015.
KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013. Disponível em: http://dspace/xmlui/bitstream/item/6937/PDIexibepdf.pdf?sequence=1. Acesso em: 11/11/2024
39
LABATE, Beatriz Caiuby. Viagem ao centro do Iboga. Publicado em: http://www.terramistica.com.br/index.php?add=Artigos&file=article&sid=56&ch=4. Acesso em: 16 de jun. 2024
INÁCIO, Mariana Secorun; BUENO, Marina Manzoni. Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021.
PAIS, T.A. ?Drug Profiling: O caso da Heroína?. 2011. 92 f. Dissertação apresentada para provas de Mestrado em Química Forense, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.
PILATI, Rachel Cardoso. Direito Penal do Inimigo e Política Criminal de Drogas no Brasil: Discussão de Modelos Alternativos. 2011. 164 f. (Dissertação) Universidade Federal de Santa Catarina.
RAMOS, Alex Agra. Dispositivo autocrático de segurança: violência policial e dominação burguesa no Brasil. Salvador, 2020.
Relatório um tiro no pé: impactos da proibição das drogas no orçamento do sistema de justiça criminal do Rio de Janeiro e São Paulo. Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC). Disponível em: https://drogasquantocustaproibir.com.br/. Acesso em 16 mai. 2024
Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas. 2011. Disponível em: http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2017/10/GCDP_WaronDrugs_PT.pdf. Acesso em: 20 abr. 2024
RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) -

Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014
SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019.
VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, 2021.
WACQUANT, Loïc. As Prisões da Miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research (ICPR), em Birkbeck, Universidade de Londres. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/ Acesso em: 14 mai. 2024
ZALUAR, Alba. Democratização inacabada: fracasso da segurança pública. Estudos Avançados, 2007. 21(61), 31?49. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0103-40142007000300003. Acesso em: 24 abr. 2024

==========

Arquivo 1: TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf (9878 termos)
Arquivo 2: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6552/Nova-Lei-de-Drogas-Lei-11343-06 (4139 termos)
Termos comuns: 240
Similaridade: 1,74%
O texto abaixo é o conteúdo do documento TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf (9878 termos)
Os termos em vermelho foram encontrados no documento https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6552/Nova-Lei-de-Drogas-Lei-11343-06 (4139 termos)

==========

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
GRADUAÇÃO EM DIREITO
JOÃO VICTOR DE MATOS SILVA
POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL:
O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA
POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
Salvador
2024
JOÃO VICTOR DE MATOS SILVA
POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL:
O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA
POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
Artigo apresentado ao Curso de
Graduação da Universidade Católica
do Salvador, como requisito parcial
para a obtenção do Título de Graduado
em Direito.
Orientador: Alan Roque Souza de
Araujo.
Salvador
2024
3POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL: O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
João Victor de Matos Silva1
Alan Roque Souza De Araujo2
RESUMO: A utilização de substâncias psicoativas é uma realidade que pode ser observada há milênios em diferentes civilizações e para os mais diversos fins, sejam estes, de cunho personalíssimo, ritualístico, religioso, terapêutico e/ou medicinais. Em contrapartida, vislumbra-se também que ao longo do tempo estas substâncias, popularmente conhecidas como drogas, passaram a ser combatidas pelo Estado,

geralmente por meio do aparelho repressivo estatal, que, contudo, não tem sido exitoso em seus objetivos. Neste sentido, diante da evidente ineficácia estatal, que tem contribuído para a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, conforme análise dos dados pesquisados, é importante reavaliar estratégias para enfrentar os problemas causados pelo comércio ilícito de drogas, e, neste aspecto, busca-se compreender como o julgamento do Recurso extraordinário 635.659 pode impactar na população carcerária brasileira.

PALAVRAS CHAVE: Proibicionismo. Drogas. Encarceramento. Seletividade Penal. Recurso Extraordinário 635.659.

ABSTRACT: The use of psychoactive substances is a reality that can be observed for millennia in different civilizations and for the most diverse purposes, be they very personal, ritualistic, religious, therapeutic and/or medicinal. On the other hand, it can also be seen that over time these substances, popularly known as drugs, have come to be combated by the state, usually through the state's repressive apparatus, which, however, has not been successful in its objectives. In this sense, given the obvious inefficiency of the state, which has contributed to the overcrowding of the Brazilian prison system, according to an analysis of the data researched, it is important to re-evaluate strategies to tackle the problems caused by the illicit drug trade, and in this regard, we seek to understand how the judgment of Extraordinary Appeal 635.659 may impact on the Brazilian prison population.

KEYWORDS: Prohibitionism. Drugs. Imprisonment. Criminal Selectivity. Extraordinary Appeal 635.659.

2 Professor universitário. Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista Internacional em Segurança Pública pela UNEB e Universitá Degli Studi di Padova. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Cairu. Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Superior (UNYAHNA).

1 Graduando no curso de Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). E-mail: joaovm.silva@ucsal.edu.br

4SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. DA POLÍTICA DE DROGAS ADOTADA NO BRASIL: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA 2.1 O PROIBICIONISMO NO BRASIL E A LEI 11.343/2006 2.2. A PROBLEMÁTICA DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS: COMO DISTINGUIR USUÁRIO DE TRAFICANTE 3. ANÁLISE DOCUMENTAL DO SISDEPEN: IMPACTO DA LEI DE DROGAS PARA A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO 3.1 POPULAÇÃO CARCERÁRIA ANTES E DEPOIS DA LEI DE DROGAS. 3.2 VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO POLICIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS 4. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POLÍTICA DE DROGAS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RE 635.659 4.1 PERCURSO METODOLÓGICO EMPREGADO PARA ANÁLISE DO JULGAMENTO 4.2 DESCRIÇÃO DO JULGAMENTO 4.3 OS VOTOS DOS MINISTROS 5. IMPACTO DO JULGAMENTO DO RE 635.659 NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho buscou compreender a configuração da Lei de Drogas sancionada em 2006 (Lei 11.343/2006), e, notadamente, quais são os seus reflexos no sistema penitenciário brasileiro.

É possível observar que, desde o início da vigência da Lei 11.343/2006, o número de pessoas privadas de liberdade em razão da Lei de Drogas, de forma provisória ou definitiva, teve um vertiginoso aumento, fator que contribuiu essencialmente para a superlotação do sistema carcerário. Prova disso, é que o Brasil tem hoje a terceira maior população carcerária do mundo, e, segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023)3, o encarceramento por crimes ligados a drogas deu um salto de aproximadamente 300% desde a promulgação da referida lei.

Um dos fatores para esse aumento, consiste na ausência de determinação no dispositivo legal de uma característica mais objetiva, como a gramatura ou quantidade que sirva de limite para distinguir o porte para consumo do tráfico de drogas, conforme aponta Pedro Pasquotto Coffi.4

Embora a quantidade não seja o único fator considerado para configurar a prisão por tráfico de drogas, a ausência de critério quantitativo tem contribuído significativamente para a prisão de usuários como se traficantes fossem, em razão da

4 COFFI, Pedro Pasquotto. A ausência de critérios objetivos na lei 11.343/2006. 2018. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Penal e Criminologia. Porto Alegre. 2018, P. 37.

3 Anuário Brasileiro de Segurança Pública / Fórum Brasileiro de Segurança Pública. ? 1 (2006) -. ? São Paulo: FBSP, 2023. 357 p.: il.

5seletividade penal no sistema de segurança pública brasileiro. Sendo assim, nas palavras de Luís Carlos Valois, tem sido fator importante na superlotação do já precário e abandonado sistema penitenciário5, sendo causa de rebeliões, mortes e violências de todas as espécies.

Diante disso, através do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (Tema de Repercussão Geral nº 506), que questiona a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, se discute no Supremo Tribunal Federal a necessidade do estabelecimento de critérios menos discricionários para, nas palavras do Ministro Alexandre de Moraes, ?evitar que uma mesma conduta, dependendo do local, condição social da pessoa ou outros elementos, possa ser definida como tráfico ou como posse para uso pessoal? 6.

Neste sentido, ainda segundo Moraes (2023)7, é importante que sejam estabelecidos critérios mais objetivos para a distinção entre traficantes e usuários, para que assim seja possível reduzir a discricionariedade policial quando do flagrante, bem como do Ministério Público quando da denúncia e da justiça quando da tipificação final da conduta.

Nesta senda, o problema de pesquisa que se busca responder com o presente artigo é como o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pode impactar na população carcerária brasileira. Defende-se, portanto, a importância desta pesquisa pois, a aplicação da Lei de Drogas (Lei 11.342/2006), tem se mostrado ineficaz para com os seus objetivos, tendo em vista que a ausência de um critério objetivo para distinguir o tráfico de drogas para o porte de droga para consumo pessoal, conforme Moraes (2023) tem dado margem para a discricionariedade policial e, com isso, tem sido responsável

por um elevado número de prisões discricionárias.
Portanto, ante à obsoleta política criminal de drogas, a presente discussão se mostra essencial para a busca de um modelo alternativo de política de drogas que não seja orientado pelo paradigma proibicionista e repressivo e que tenha como escopo a busca pela redução das prisões por crimes relacionados a drogas.
Neste sentido, este trabalho terá como objetivo mais amplo identificar o impacto da política de combate às drogas adotadas no Brasil para o superencarceramento e como
7 DE MORAES, Alexandre. RE 63659/SP. Voto do Ministro Alexandre de Moraes proferido em 02/08/2023.
6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659 ? São Paulo. Repercussão geral nº 506 no Recurso Extraordinário.
5 VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, 2021, p.453.
6o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pode impactar na redução destas prisões.
Deste modo, para encontrar uma resposta ao problema de pesquisa proposto, foi necessário compreender alguns aspectos que foram subdivididos em 5 (cinco) capítulos.
Inicialmente, fez-se necessário buscar entender a gênese da política proibicionista de combate às drogas para que assim fosse possível compreender a construção da Lei 11.342/2006, bem como os seus reflexos na sociedade brasileira.
No capítulo seguinte buscou-se entender a importância do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na amortização do superencarceramento causado pela lei de drogas, através de análise dos votos dos ministros e a projeção do impacto da iminente decisão.
Em seguida, para demonstrar o crescimento da população carcerária brasileira, realizou-se uma comparação entre a população carcerária brasileira incidentes nos artigos da lei de drogas desde o início da sua vigência aos dias atuais. Neste sentido, buscou-se analisar dados, levantamentos e estatísticas penitenciárias realizados pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ferramenta utilizada pela Secretaria Nacional de Políticas penais para coletar informações padronizadas e realizar um eficaz mapeamento do sistema penitenciário no Brasil.
A metodologia utilizada foi a pesquisa qualitativa do tipo documental, tendo em vista que para mensurar estatisticamente o aumento gradativo da população carcerária brasileira por crimes relacionados a drogas, foi realizado a análise dos dados e relatórios extraídos pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), bem como pesquisa bibliográfica através de autores de referência mediante suas obras extraídas de repositórios acadêmicos como o repositório institucional da Universidade de São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, bem como periódicos como Scielo e Google Acadêmico.
Nesta senda, cumpre destacar que esta pesquisa não buscou deliberar acerca do processo legislativo que produziu a Lei 11.243/2006, tampouco buscou analisar a lei de drogas sob o crivo do processo penal, mas investigar as possíveis relações entre a Lei de Drogas e o aumento do encarceramento brasileiro, tomando como referência dados extraídos através do SISDEPEN.

72. DA POLÍTICA DE DROGAS ADOTADA NO BRASIL: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOMODELO PROIBICIONISTA.

A utilização de substâncias psicoativas, usualmente chamadas de drogas, não é uma exclusividade da modernidade. É possível observar, historicamente, que há milênios substâncias entorpecentes são utilizadas pelas mais diversas sociedades para fins de cunho personalíssimo, ritualístico, religioso, terapêutico e/ou medicinais.8

Exemplo disso é que, conforme demonstrado por Beatriz Labate, há cerca de cinco milênios, a tribo Pigmeu, habitante na África Central, ao observar como agiam os javalis que se alimentavam de determinado arbusto nativo daquela região, o Tabernanthe iboga, acabaram descobrindo as propriedades alucinógenas geradas através consumo da referida planta, motivo pelo qual passaram a consumi-la sob a lógica do entorpecimento9.

Não obstante, conforme registros deixados em papiros mesopotâmicos, verifica-se que a utilização de opioides e opiáceos na antiga Mesopotâmia era uma prática realizada há cerca de oito milênios. Inclusive, é possível observar que drogas consideradas atualmente como mais pesadas tais quais o ópio, heroína e a morfina, antes de terem sido classificadas como drogas de caráter ilícito, foram amplamente utilizadas pela medicina como alternativa para tratar de alguns problemas na saúde como a dor.10

Sendo assim, Pablo Ornelas Rosa11, aponta que não se trata, obviamente, de um fenômeno hodierno, mas de uma questão milenar que ultrapassa gerações. Portanto, para compreender como se originaram as políticas proibicionistas a nível global e a nível nacional, é indispensável entender como as sociedades mais remotas se comportavam diante destas substâncias.

Desde que passaram a ser utilizadas para fins psicotrópicos, aduz Salo de Carvalho, as drogas passaram a ser objeto de controvérsias e, consequentemente, combatidas pelo Estado.12

12 CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

11 ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014

10 ARAÚJO, Frederico Fonseca Casagrande de. Drogas: Uma análise histórica, social e contextual das políticas proibicionistas e de seus impactos sociais. Monografia. Curso de Direito. Faculdade Vale do Cricaré, São Matheus. 2018, p. 15.

9 LABATE, Beatriz Caiuby. Viagem ao centro do Iboga. 2001.

8 ARAÚJO, Frederico Fonseca Casagrande de. Drogas: Uma análise histórica, social e contextual das políticas proibicionistas e de seus impactos sociais. Monografia. Curso de Direito. Faculdade Vale do Cricaré, São Matheus. 2018, p. 14.

8Historicamente, é possível observar nas civilizações ocidentais e orientais algumas medidas proibitivas adotadas na primeira metade do século XIX. Neste sentido, as primeiras medidas restritivas ao consumo e comércio de drogas adotadas no ocidente, conforme Baesso (2013), citado por Araújo (2018), ocorreram após a revolução industrial, principalmente a partir do desenvolvimento da indústria farmacêutica.

Por sua vez, outro momento histórico que permite entender uma nova ordem internacional em torno da política proibicionista de drogas, desta vez no oriente, é a famigerada Guerra do Ópio travada entre China e Reino Unido.13

Escohotado14 argumenta que a China, ainda na primeira metade do século XIX, adotou uma série de medidas proibitivas contra o comércio do ópio, inclusive, confiscando e destruindo centenas de carregamentos de navios ingleses, maiores exportadores de ópio para a China, o que levou a Inglaterra a invadir a China para garantir a continuidade do comércio de ópio na região.

Ocorre que, o combate mais incisivo contra a produção, comércio e até ao consumo para fins recreativos destas substâncias psicoativas veio tomar proporções globais, quando da adoção de políticas mais severas adotadas pelos Estados Unidos da América.

De acordo com Souza e Calvete (2017)15 uma das principais razões da proibição de psicotrópicos na cultura norte americana, foi a forte influência da ética protestantista, a partir da premissa de que o descontrole e a irresponsabilidade não poderiam ser tolerados, e, portanto, a utilização de substâncias psicoativas deveria ser veementemente combatida, o que demonstra que tais políticas foram influenciadas pelo crivo da moralidade.

Nesta mesma linha, conforme aponta Pablo Ornelas Rosa16, as primeiras medidas proibitivas adotadas pelos Estados Unidos da América na segunda metade do século XIX, foram fundadas em conotações xenófobas e repressivas. Ainda segundo Rosa, esta política era direcionada ao combate ao ópio era amplamente utilizado por imigrantes chineses.

16 ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014.

15 CALVETE, Cássio da Silva; SOUZA, Taciana Santos. História e formação do mercado das drogas. Revista de Economia, v.41, n. 76, p. 401-429, Universidade Federal do Paraná, 2020.

14 ESCOHOTADO, Antônio. História General de Las Drogas. 3. ed. rev.aum. Madri: Alianza, 1995. 3 v

13 RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

9[...] possível constatar a conotação explicitamente racista, xenófoba e repressiva, que provavelmente tem sua procedência no Decreto de Expulsão de Chineses de 1882. Esta lei procurou não somente estigmatizar, mas também criminalizar os chineses que naquele momento eram considerados os grandes consumidores de ópio, tratados, a partir daquele episódio da história, como agressores da cultura e da moral estadunidense. (ROSA, 2014, p. 283)

Já no século XX, as políticas repressivas atinentes ao controle das drogas são munidas de um caráter belicista, principalmente quando da realização da Convenção Única sobre Entorpecentes da ONU em 1961 onde foram fincadas as bases legais da política internacional de guerra às drogas.

Neste sentido, conforme aponta Pilati 17, embora já houvesse uma política de drogas pautada pelo proibicionismo, um marco repressivo foi o governo de Richard Nixon que em 1971 pronunciou-se à população declarando que as drogas eram o inimigo número um dos Estados Unidos da América, declarando o início a uma verdadeira corrida antidrogas.

Neste sentido, atualmente, a temática abordada é regulamentada em sede internacional a partir dos seguintes acordos internacionais: A Convenção Única da ONU

sobre Entorpecentes de 1961, a Convenção da ONU sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e a Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, os quais preveem medidas para a erradicação do tráfico sob a ótica proibicionista.

2.1. O PROIBICIONISMO NO BRASIL E A LEI 11.343/2006

Neste aspecto, é importante compreender a construção do modelo de combate às drogas adotado no Brasil, notadamente a ótica da legislação proibicionista (Lei 11.343/06) que orienta o judiciário e os demais poderes.

No Brasil, há registros de medidas proibitivas, ainda que esparsas, desde a época colonial. Conforme aponta Salo de Carvalho, a incriminação do porte, do comércio ou do uso de determinadas substâncias tóxicas aparecem já nas Ordenações Filipinas no século XVII.18

18 CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

17 PILATI, Rachel Cardoso. Direito Penal Do Inimigo E Política Criminal De Drogas No Brasil: Discussão De Modelos Alternativos. 2011. 164 f. (Dissertação) Universidade Federal de Santa Catarina.

10

No início do século XX, sob influência internacional, que discutia a regulamentação do consumo e comércio do ópio, o Brasil adotou medidas restritivas com o escopo de impedir o uso indiscriminado do ópio e seus derivados, bem como outras substâncias químicas e orgânicas, através do Decreto nº 11.481, aprovado em 1915.19

Contudo, somente na década seguinte, é que foi editado pelo então presidente Epitácio Pessoa um decreto que estabeleceu medidas específicas relacionadas ao comércio de drogas, indicando as penalidades e procedimentos.20

Embora o Código Penal Republicano já tivesse disposição expressa acerca da proibição de determinadas substâncias tóxicas, Maria Lúcia Karam,21 aponta que a criminalização de condutas como a produção, distribuição e consumo de drogas que tornaram-se ilícitas de fato somente ocorreu com o advento das leis penais de 1932, que através do artigo 25, estabeleceu as condutas que configurariam tráfico de drogas instituindo penas privativas de liberdade de uma a cinco anos e multa.

Em seguida, houve a sistematização destas sanções a partir da edição do Código Penal de 194022, sob a ditadura do Estado Novo, prevendo a criminalização do tráfico e também da posse de substâncias entorpecentes.

Verifica-se que, em consonância às experiências internacionais, notadamente norte americana, observa-se que as origens proibicionistas brasileiras se dão em razão de questões não científicas. Nesta linha, inclusive, Moraes (2023) destaca que a proibição da maconha no Brasil, de forma similar aos Estados Unidos, no início do século XX, se deu baseada em questões morais.

A Lei 6.368/76, conhecida por Lei de Tóxicos23, estabeleceu medidas rigorosas para o controle e a repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes, além de prever tratamentos para dependentes químicos.

23 BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 out. 1976.

22 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 23911. Coleção de Leis do Brasil - 194 0, Página 187 Vol.7.
21 KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013
20BRASIL. Decreto nº 4.294, de 06 de julho de 1921. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 13407.
19BRASIL. Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915. Promulga a Convenção Internacional do Ópio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assinados na Haya. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 3597.
11
Sob a vigência desta lei, o uso ou porte de drogas para consumo pessoal era considerado um delito penal, de modo que previa pena de detenção de 6 meses a dois anos. E, por sua vez, impunha penas significativamente mais severas ao delito de tráfico de drogas, de modo que os traficantes estavam sujeitos a penas mais longas que iam de 3 a 15 anos de reclusão, além de condenação ao pagamento de multas, cujo valor variava conforme o caso específico.
Por fim, no ano de 2006 foi configurada a atual Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), que buscando compatibilizar as disposições normativas que a antecedem, prescreveu medidas que preveem a reinserção social dos usuários/dependentes químicos, bem como medidas preventivas voltadas para o controle do uso indiscriminado destas substâncias.
Outro aspecto da referida lei, é que ela traz em seu bojo um avanço no que diz respeito ao reconhecimento da diferença entre o usuário e o traficante, que doravante passaram a ser enquadrados em dispositivos diferentes.
A nova lei de drogas retirou a pena de prisão da posse de drogas para consumo próprio, porém, manteve a sua utilização como crime. O artigo 28 da referida lei, define como usuário aquele que ?adquire, guarda, tem depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar?.24
Neste caso, são previstos 3 (três) tipos sancionatórios (1) a advertência sobre os efeitos das drogas pelo juiz, (2) a prestação de serviços à comunidade num prazo máximo de 5 (cinco) anos que pode ser elevado para 10 (dez) em caso de reincidência, e, por fim, (3) a obrigatoriedade de frequentar um curso educativo sobre as drogas.
Por sua vez, a comercialização destas substâncias continua sendo tipificada como crime, possuindo uma pena máxima de 15 (quinze) anos. Esta previsão está disposta no artigo 33 da Lei de Drogas que caracteriza o traficante aquele que ?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.?25
25 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.
24 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.
12
Portanto, verifica-se que embora a legislação tenha buscado tratar o fenômeno

do controle das drogas a partir de uma lógica mais humana ao retirar a privação da liberdade para os usuários, tem causado efeito diverso daquele pretendido, tendo em vista que tem contribuído fundamentalmente com o aumento do sistema carcerário brasileiro.26

Neste mesmo sentido, argumenta Marcelo Caetano Bittencourt Pizzani Ribeiro de Andrade:

Em face do exposto no presente artigo, portanto, é inegável que o crescimento exponencial do aprisionamento no Brasil guarda estreita relação com a maneira que os atores do sistema de justiça criminal costumam aplicar os dispositivos sancionadores trazidos pela Lei nº 11.343/2006. (ANDRADE, 2023, p.13)

Portanto, além de não proteger a tutela da saúde coletiva, conforme proposto, o encarceramento causado com a sua aplicação tem desrespeitado constantemente a premissa constitucional da dignidade da pessoa humana.

2.2. A PROBLEMÁTICA DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS: COMO DISTINGUIR USUÁRIO DE TRAFICANTE?

Como dito no tópico anterior, em substituição a Lei 6.368/76, a legislação brasileira sobre drogas foi disciplinada pela Lei 11.343/2006 e trouxe em seu bojo, dentre outras alterações, uma inovação: distinção entre usuário e traficante. Com isto, a nova lei de drogas, introduziu mudanças substanciais no tratamento dispensado aos usuários e aos traficantes de drogas de modo que, enquanto impõe ao usuário um tratamento mais sutil, por considerar delito de ínfimo potencial ofensivo, passa a tratar o traficante de drogas com mais severidade.

O artigo 33 da lei de drogas define como traficante aquele que ?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?, impondo uma pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

26 BASÍLIO, Adriene Jayme. A Guerra Contra As Drogas E A Superlotação Carcerária No Brasil. 2022. 62 f. Monografia. Pontifícia Universidade Católica De Goiás, Goiás, 2022.

13

Por sua vez, a definição de usuário pode ser extraída da leitura do artigo 28 da lei de drogas, a qual dispõe que o usuário é aquele que ?adquire, guarda, tem depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar?.

Contudo, da redação do § 2 do mesmo artigo, verifica-se que cabe ao julgador avaliar se a droga encontrada com o indivíduo se destinava ao uso pessoal, e que, para tanto, deverá levar em consideração aspectos como 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.

Assim prevê o artigo 28 da lei 11.343/2006.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer

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. (BRASIL, 2006)
Da leitura do artigo supramencionado verifica-se que não há um parâmetro preciso de gramatura ou outra medida que permita quantificar o que diferencia o porte de droga para consumo pessoal do tráfico de drogas e sim, critérios pouco objetivos.
Ocorre que, diante do marcante perfil punitivista dos agentes de segurança pública, desde os policiais que apreendem o indivíduo aos magistrados responsáveis pelo julgamento, ficar a critério da subjetividade do julgador quais são os fatores para diferenciar a condição de usuário para traficante é abrir margem para a discricionariedade.
Neste mesmo sentido, assim argumenta Luciana Boiteux 27.
Assim, o sistema brasileiro de controle de drogas atua de forma seletiva e autoritária, pois não limita o poder punitivo, pelo contrário, deixa de estabelecer limites e contornos diferenciadores exatos para as figuras do usuário, do pequeno, médio e grande traficante, e atribui às autoridades, no caso concreto, ampla margem de discricionariedade, o que acarreta uma aplicação injusta da lei. (BOITEUX, 2014, p. 92)
Neste aspecto, embora a lei preceitue que caberá ao juiz, baseado nas circunstâncias da prisão, diferenciar o usuário do traficante, na prática o que se vê é que
27 BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), 2014. p. 92.
14
esta distinção tem início desde a abordagem da polícia que, geralmente, é a única testemunha do fato, e, tendo em vista que sua palavra goza de presunção de veracidade e de presunção de legitimidade28, é peça fundamental na justificativa para as prisões.29
Neste sentido, Alex Agra Ramos30, chama atenção para o caráter racista e discriminatório do sistema de segurança pública no sentido de que o verdadeiro critério na distinção entre o traficante e o jovem usuário consiste na discriminação.
A diferença entre um traficante e um jovem é dada pelo critério racial e com ele, a diferença entre a vida matável e a vida ser preservada. O crime a ser combatido pouco importa, porque não se combate o crime, se combate aquele que é identificado como criminoso, se combate o inimigo. (RAMOS, p. 269, 2020)
Neste sentido, é importante que seja determinado um parâmetro mais objetivo capaz de distinguir consumo pessoal do tráfico de drogas, tendo em vista que, embora este critério não seja o único e determinante, conforme argumenta Alexandre de Moraes (2023), ?a ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes?.

Portanto, a ausência de um critério mais objetivo, que estabeleça uma quantidade de droga que sirva de parâmetro para o juiz analisar a prisão, tem se mostrado um grave problema de segurança pública, e tem contribuído fundamentalmente com a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, conforme será demonstrado nos capítulos subsequentes.

Neste sentido, Boiteux 31 aduz que:

[...] A atual política criminal de drogas no Brasil é um dos fatores que mais contribuíram para o agravamento da população carcerária. (Boiteux, 2006, p. 233)

Sendo assim, não restam dúvidas que a crise no sistema penitenciário brasileiro foi agravada pela política proibicionista, a qual se manifesta de diversas formas.

31 RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

30 RAMOS, Alex Agra. Dispositivo autocrático de segurança: violência policial e dominação burguesa no Brasil. Salvador, 2020.

29 DE MELO, Michel Cícero M. Acórdãos, Objetos e Territórios: Tráfico de drogas e associação para o tráfico nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 2020. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.

28 Acórdão 1242191, 00011028220198070014, Relator: SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, Segunda Turma Criminal, data de julgamento: 2/4/2020, publicado no PJe: 23/4/2020.

15

Portanto, a abordagem punitiva tem se mostrado ineficaz na redução do tráfico de drogas, enquanto perpetua um ciclo de criminalidade e marginalização. 32

3. ANÁLISE DOCUMENTAL DO SISDEPEN: IMPACTO DA LEI DE DROGAS PARA A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.

A política de combate às drogas adotada no Brasil é regida pela Lei nº 11.343/2006, a qual manteve criminalização do usuário sob o pretexto da prevenção ao uso indiscriminado e garantia do tratamento dos dependentes, com vistas a reinseri-los na sociedade, mas na prática o que se demonstra com a aplicação da referida lei é que jamais a criminalização cumpriu com suas promessas.33

Ademais, da análise dos dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023), verifica-se que o encarceramento por crimes ligados a drogas deu um salto de aproximadamente 300% desde a promulgação da lei de drogas.

Conforme mencionado no capítulo anterior, a ausência de um critério objetivo para o procedimento de distinção entre o consumo próprio e o tráfico de drogas tem contribuído fundamentalmente com a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, pois, a condenação de usuários como se fossem traficantes ajuda a compreender um dos motivos que transformou o Brasil na terceira maior população prisional do planeta34.

Isto ocorre, pois, tal ausência, permite a atuação discricionária do por parte do sistema penal, principalmente quando é a polícia quem classifica a ação do indivíduo, e que em sua maioria será a única testemunha do fato, sendo peça chave para toda a persecução penal.

Portanto, a partir de um estudo descritivo documental da análise dos dados,

levantamentos e estatísticas penitenciárias realizados pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ferramenta utilizada pela Secretaria Nacional de Políticas penais para coletar informações padronizadas e realizar um eficaz mapeamento do sistema penitenciário no Brasil, foi possível analisar o contingente de prisões em razão da lei de drogas.

34 World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research (ICPR), em Birkbeck, Universidade de Londres.

33 PILATI, Rachel Cardoso. Direito penal do inimigo e política criminal de drogas no brasil: discussão de modelos alternativos. 2011. 164 f. Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal De Santa Catarina.

32 WACQUANT, Loïc. As Prisões da Miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

16

3.1. POPULAÇÃO CARCERÁRIA ANTES E DEPOIS DA LEI DE DROGAS.

A Lei 11.343/2006, foi publicada em 24 de agosto de 2006, entrando em vigor a partir do dia 08 de outubro de 2006, revogando expressamente em seu artigo 75, as leis anteriores.

Art. 75. Revogam-se a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. (BRASIL, 2006) 35

Neste sentido, conforme demonstrado anteriormente, a nova lei de drogas trouxe circunstanciais mudanças às legislações anteriores.

Segundo dados extraídos através do último relatório da Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), o Brasil alcançou no segundo semestre de 2023 a marca de 857.999 pessoas em situação de cumprimento de pena, sendo 656.811 em celas físicas (sistema penitenciário e outras carceragens) bem como 201.188 pessoas em prisão domiciliar (com ou sem monitoramento eletrônico) somente no âmbito estadual.36

Por sua vez, no âmbito federal, verifica-se que a população em cumprimento de pena (sistema penitenciário e outras carceragens) consiste em 12.265 pessoas em celas físicas.

É importante ser observado que desde que passou a viger a lei de drogas em 2006, a população carcerária brasileira mais que dobrou, tendo em vista que no ano anterior, sob vigência da Lei nº 6.368/1976 a população carcerária consistia em 401.236 pessoas encarceradas. Ou seja, houve um considerável aumento de 456.763 pessoas privadas de sua liberdade.

Naturalmente, não se pode imputar este aumento considerável unicamente à nova Lei de Drogas, tendo em vista a existência das mais variadas condutas tipificadas no Código Penal. Contudo, não se pode ignorar a sua decisiva influência para a superlotação do sistema carcerário.

Neste sentido, a análise simples dos dados acima mencionados acerca da evolução da população carcerária brasileira entre o período de 2005 a 2023, é um tanto

36 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf

35 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.

17
quanto abstrata. Sendo assim, é importante observar a evolução das prisões especificamente por crimes relacionados à Lei de Drogas.
No 15º ciclo de coleta levantado pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), referente ao segundo semestre de 2023, verifica-se que pelo menos o contingente de 199.731 pessoas respondem por crimes relacionados a Lei de Drogas, sendo que destas, 168.021 respondem pelo crime de Tráfico de Drogas previsto no artigo 33, 25.529 pessoas foram enquadradas no crime de Associação ao Tráfico tipificado no artigo 35, bem como 6.181 pelo crime de Tráfico internacional de drogas previsto no artigo 40 da mesma lei.
Por sua vez, no ano de 2005, ano que antecede o início da vigência da nova lei de drogas, havia no brasil cerca de 31.520 presos pelo crime de Tráfico de entorpecentes e 1.360 pessoas presas pelo crime de tráficos internacional de entorpecentes, totalizando um total de 32.880 pessoas encarceradas37 em razão da aplicação da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.
Fonte: 15º Ciclo Sisdepen (2º semestre de 2023)
Neste sentido, podemos observar que houve um aumento de pelo menos 166.851 pessoas respondendo por crimes relacionados ao envolvimento com drogas ilícitas, o
37 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? InfoPen. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2005.pdf
18
equivalente a 507%. Verifica-se ainda que, até 2006, os presos por crimes relacionados às drogas correspondiam a aproximadamente 8% da população carcerária brasileira, ocorre que, hodiernamente, este percentual consiste em aproximadamente 25%.38
Portanto, é evidente que a aplicação da Lei 11.343/06 contribuiu de forma significativa para o aumento da população carcerária brasileira, uma vez que a falta de critérios quantitativos claros para diferenciar usuários de traficantes cedeu margem para uma atuação discricionária por parte da polícia e do judiciário, resultando em interpretações subjetivas, o que levou ao encarceramento em massa de usuários como se traficante fossem.
3.2 VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO POLICIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS
Conforme exposto nos tópicos anteriores, o parágrafo 2º do artigo 28 da Lei de Drogas, concede margem de discricionariedade ao julgador para, após avaliação de caso concreto, definir se o entorpecente apreendido seria destinado ao uso pessoal ou pra fins de tráfico de drogas, principalmente, em razão da ausência de critérios objetivos que sirvam de parâmetro para que se constate esta diferença, tais como o estabelecimento de gramatura ou outra medida que possibilite a quantificação da droga.
Neste aspecto, conforme aponta o Relatório desenvolvido pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania CESeC (Relatório Um Tiro no Pé, 2021), diante do marcante perfil punitivista dos agentes de segurança pública, desde os policiais que apreendem o indivíduo aos magistrados responsáveis pelo julgamento, ficar a critério da

subjetividade do julgador quais são os fatores quantitativos para diferenciar a condição de usuário para traficante é abrir margem para a discricionariedade.

Ocorre que, esta discricionariedade não tem início quando do julgamento pelo magistrado competente, mas, na verdade, ela ocorre desde a apreensão pela autoridade policial que, conforme a seguir será demonstrado, tem papel determinante quanto a formação da decisão do juízo.

38 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf

19

Conforme Inácio e Bueno, não é plausível que o depoimento de um policial, assim como qualquer outra prova testemunhal de forma isolada, seja considerada prova satisfatória e suficiente para embasar a convicção do juízo para uma eventual condenação, tendo em vista que ?além de não ser neutra ou imparcial, ainda possui o agravante da possibilidade de distorção dos fatos de forma intencional?39.

Ocorre que geralmente os processos que envolvem a Lei de Drogas surgem em decorrência de prisões em flagrante efetuadas pelas autoridades policiais motivo pelo qual, nestes casos é o policial quem poderá narrar as circunstâncias da prisão, informar as características do local de abordagem e afirmar com quem estava a droga.

Portanto, conforme aduz Maria Goete40, o magistrado somente terá o contato com o fato objeto de investigação a partir da perspectiva da autoridade policial que realizou a abordagem e realizou a prisão, momento em que classifica a infração penal, de modo que a palavra do policial tem função determinante na formação do convencimento do magistrado.

Sob essa mesma linha argumentativa, argumenta Boiteux (2014):

Com tais critérios extremamente vagos, e de difícil aplicação, a distinção no caso concreto acaba sendo feita pela primeira autoridade que tem contato com o acusado, prevalecendo a visão subjetiva desta, sendo excessivamente ampla a discricionariedade concedida ao policial. (BOITEUX, 2014, p. 90)

Neste sentido, Luis Carlos Valois41, após análise de inquéritos policiais relacionados aos crimes da lei de drogas, nas capitais de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e também no Distrito Federal, argumenta que 74% das prisões em flagrante pelo crime de tráfico de drogas (Art. 33 da Lei 11.343/06) tem como testemunhas apenas os policiais que realizaram a abordagem.

Para consubstanciar a pesquisa acima mencionada, faz-se mister destacar pesquisa similar realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da Universidade de São Paulo (USP), através de estudo denominado ?Prisão Provisória e Lei de Drogas ? Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo?.

Da análise da pesquisa do NEV, verifica-se que chegou-se a percentual equivalente ao exposto por Valois, qual seja, em 74% das prisões em flagrante em razão

41 VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, p. 493, 2021.

40 JESUS, Maria Gorete Marques de. ?O Que Está no Mundo não Está nos Autos?: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. São Paulo: Tese (Doutorado em Sociologia) ? Universidade de São Paulo, 2015.

39 Mariana Secorun Inácio e Marina Manzoni Bueno, Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021, p. 24.

20

da lei drogas, a testemunha é apenas o policial que realizou o flagrante, acrescentando ainda que, por sua vez, em 26% dos dos casos as testemunhas são a própria autoridade policial mais testemunha civil.

Ademais, o estudo mencionado evidencia ainda que 91% destes processos cuja única prova é o testemunho policial terminam com a condenação do réu pelo crime de tráfico de drogas.

Noutro aspecto, é importante trazer à lume também o levantamento realizado pela Agência Pública, o qual evidencia que nos processos cuja apreensão de droga foi até 10 gramas, em aproximadamente 84% dos casos a única prova considerada irrefutável foram os depoimentos dos policiais que realizaram a apreensão.42

Ainda de acordo com este levantamento, verifica-se das decisões analisadas que nos processos cuja única testemunha são os policiais, houve o percentual de 59% de condenações ao passo que quando houveram testemunhas civis este percentual foi reduzido para 44 %.

Esta diferença também fica demonstrada no que diz respeito ao índice de absolvição, tendo em vista que quando houveram testemunhas civis o índice de absolvição consistiu no percentual de 21 %, ao passo que quando as testemunhas foram apenas policiais o índice de absolvição caiu para apenas 14 %.

Nesta senda, Alba Zaluar 43 afirma que o poder policial e judiciário tem-se posicionado na verdade numa caça aos usuários, e não aos grandes traficantes.

[...] seria melhor se as forças de polícia não fossem empregadas para caçar os consumidores de droga ou os pequenos negociantes, e atribuíssem muito mais seus recursos à repressão de grandes traficantes e de lavadores do dinheiro sujo (ZALUAR, 2007, p. 03).

Portanto, ante todo o exposto, a ausência de critérios objetivos que diferenciem as condutas previstas no art. 28 e no art. 33 da Lei 11.343/06, tem permitido que a palavra dos policiais tenha o papel mais importante nos processos desta natureza, de modo que no fim das contas é quem efetivamente tipifica a conduta praticada pelo sujeito no delito de tráfico de drogas.44

44 Mariana Secorun Inácio e Marina Manzoni Bueno, Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021.

43 ALBA ZALUAR. Democratização Inacabada: Fracasso da Segurança Pública, 2007.

42 DOMENICI, Thiago e BARCELOS, Iuri. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. Disponível em: Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo - Agência Pública. Acesso em: 22/04/2024.

21

4. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POLÍTICA DE DROGAS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RE 635.659.

O Supremo Tribunal Federal (STF), representa a instância superior do Poder Judiciário brasileiro, desempenhando uma função primordial na salvaguarda da ordem jurídica e na preservação dos preceitos estabelecidos na Constituição Federal.

Sendo assim, como órgão guardião da Carta Magna, compete-lhe a missão precípua de assegurar a conformidade das leis e atos normativos infraconstitucionais com os ditames constitucionais, consubstanciando-se, portanto, como o bastião máximo da legalidade e da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro.
Assim, dispõe o caput do artigo 102 da Constituição de 1988:
Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
Neste sentido, conforme delineado nos capítulos anteriores, a aplicação da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) tem causado uma série de problemas no âmbito da segurança pública, sobretudo porque tem contribuído significativamente para a superlotação das prisões no Brasil, uma vez que parcela considerável da população carcerária encontra-se detida pela incidência no crime de tráfico de drogas, fato que quem tem agravado as condições já precárias do sistema prisional nacional.
Diante desta problemática, através do julgamento do Recurso Extraordinário (635.659), avalia-se a consonância, ou não, do artigo 28 da Lei 11.343/2006, que trata do porte de drogas para uso pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada sob pena de violação ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.
Este julgamento tem atraído significativa atenção devido às suas implicações na política de drogas, direitos individuais e segurança pública.
Para compreender o julgamento em sua integralidade, necessário se fez analisar os autos mediante acesso ao Supremo Tribunal Federal.
Defende-se a importância dessa metodologia de busca, pois ela facilita o acesso às informações essenciais para o entendimento e o acompanhamento desse julgamento, já que permite a localização mais precisa de documentos, incluindo decisões, acórdãos, votos dos ministros, despachos e pareceres.
Neste sentido, foi adotado esse meio de pesquisa também em razão da sua confiabilidade, pois, o site do STF é atualizado constantemente para refletir os últimos
22
acontecimentos e decisões relacionados ao RE 635659. Esta atualização contínua assegura que as informações disponíveis são sempre as mais recentes, permitindo que os usuários se mantenham informados sobre o progresso e os desdobramentos do caso.
Portanto este suporte de busca permite uma análise detalhada dos argumentos apresentados, das fundamentações jurídicas e das interpretações dos ministros.
4.1. PERCURSO METODOLÓGICO EMPREGADO PARA ANÁLISE DO JULGAMENTO
Para obter os resultados pretendidos, quais sejam, as informações preliminares, partes e decisões no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, necessário se fez adentrar ao sítio eletrônico do Supremo, mediante acesso ao link
https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145.
Em seguida, ao clicar na aba ?Processos? e digitar o número do processo originário (0018946-13.2009.8.26.0161), ou clicar na aba ?Repercussão Geral? e colocar o número do tema, neste caso o 506, somos imediatamente direcionados a página onde temos acesso a todas as informações necessárias para o desenvolvimento

deste trabalho.
A partir do acesso ao sítio eletrônico mencionado, podemos ter acesso às publicações durante o julgamento mediante acesso ao ?Diário da Justiça Eletrônico (Dje)?, a ?Jurisprudência? (reconhecimento da repercussão geral, publicada em 09/03/2012), bem como ao leading case que nos fornece as informações gerais do processo, e, por fim acesso às peças processuais, tais como pedidos de ingresso como Amicus Curiae, sustentação oral etc, bem como acesso ao despachos e decisões prolatadas, mediante acesso a aba ?Peças?.
Por sua vez, não foi possível obter acesso ao inteiro teor do votos de todos os ministros, uma vez que alguns votos ainda não foram disponibilizados. Neste sentido, buscando a íntegra/inteiro teor dos votos dos ministros, tendo em vista a escassez em outros meios de pesquisa, necessário se fez entrar em contato, através de e-mail, com a Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do Supremo Tribunal Federal, setor responsável pelas pesquisas judiciárias no âmbito do supremo.
Neste momento, obtive o seguinte esclarecimento: ?Informamos que o referido julgamento ainda não foi finalizado, conforme o andamento processual, o julgamento foi suspenso por motivo de pedido de vista, e os ministros que votaram, ainda não
23
disponibilizaram seus votos. Sendo assim, só conseguimos disponibilizar os votos, no final do julgamento, com a publicação do referido acórdão."
Diante disso, obtive acesso tão somente ao inteiro teor dos votos do ministros Alexandre de Moraes, do relator Gilmar Mendes, Luis Roberto Barroso, e do Fachin, não foi possível ter acesso ao inteiro teor de todos os ministros, motivo pelo qual se fez necessário buscar fontes jornalísticas confiáveis, bem como ouvir os votos disponibilizados em plataformas de audiovisual, tais como o canal oficial do Supremo Tribunal Federal no YouTube.
4.2. DESCRIÇÃO DO JULGAMENTO
O referido julgamento foi iniciado após a interposição de recurso em favor de um condenado por porte de 3g (gramas) de cannabis sativa (maconha) que o Recorrente alegava ser para consumo próprio. Ocorre que, diante da condenação, a Defensoria Pública do estado de São Paulo interpôs recurso sob a alegação da inconstitucionalidade do art. 28, em face da violação do art. 5º, X, da Constituição Federal.
Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988)
Assim, no decorrer do julgamento, explicou o ministro relator Gilmar Mendes45:
No caso em análise, o art. 28 é impugnado sob o enfoque de sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. Não se funda o recurso na natureza em si das medidas previstas no referido artigo, mas, essencialmente, na vedação constitucional à

criminalização de condutas que diriam respeito, tão somente, à esfera pessoal do agente incriminado. (2015, p. 3 e 40)

Em dezembro de 2011, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a existência de repercussão geral na questão em debate sobre a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas (STF, 2011), motivo pelo qual o Ministro Gilmar Mendes, sorteado relator do caso, destacou a relevância social do tema

45 MENDES, Gilmar Ferreira. RE 63659/SP. Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes proferido em 20/08/2015.

24

e defendeu a importância da Corte se manifestar para pacificar a questão da possibilidade de descriminalização do porte de drogas para consumo próprio.

O julgamento teve início no Plenário do Supremo Tribunal Federal em 19 de agosto de 2015, e foi suspenso em setembro do mesmo ano após o pedido de vista do Ministro Teori Zavascki.

FICHA TÉCNICA LEADING CASE INSTÂNCIA RELATOR PROC.
ORIGINÁRIO
RECURSO
EXTRAORDINÁRIO
635.659
STF GILMAR
MENDES
0018946-13.2009.8.
26.0161
TRAMITAÇÃO PROTOCOLO
DA AÇÃO
RECONHECIMENTO DA
REP. GERAL (TEMA 506)
STATUS ATUAL
22/02/2011 09/12/2011 EM JULGAMENTO

Fonte: Supremo Tribunal Federal.

Após o falecimento do Ministro Teori Zavascki, o processo foi redistribuído, e novos debates surgiram, especialmente com a mudança de composição do STF. E, desde então, dos 11 (onze) ministros que compõem a Suprema Corte, votaram apenas 8 (oito). Dentre estes, os ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Rosa Weber votaram de forma favorável ao afastamento da criminalização do porte de maconha para consumo próprio. Por sua vez, os ministros Cristiano Zanin Martins, Kássio Nunes Marques e André Mendonça posicionaram-se de forma oposta.

Dessa forma, até o momento, o julgamento registra um placar de 5 a 3, com maioria de votos para afastar a criminalização do porte de maconha para consumo próprio. Contudo, o processo encontra-se suspenso após pedido de vistas do Ministro Dias Toffoli, para melhor análise, portanto, além de seu voto, ainda votarão os ministros Luiz Fux e Cármen Lúcia.

Conforme supracitado, o tema em julgamento trata da constitucionalidade dos

tipos penais do art. 28 da Lei 11.343/06, de modo que se discute a inexistência de lesividade na conduta de porte de droga para consumo pessoal e o exercício da
25
autonomia privada, a qual é constitucionalmente protegida pelo direito à vida íntima, não havendo, portanto, qualquer ofensa à tutela da saúde pública.

Portanto, o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635.659, em andamento no Supremo Tribunal Federal (STF), representa um marco significativo na interpretação e aplicação da legislação brasileira referente ao porte de drogas para uso pessoal, e, sua decisão poderá ser um importante passo no caminho para amortização dos efeitos desta política que tem se demonstrado ineficaz em seus objetivos.

4.3. OS VOTOS DOS MINISTROS

Conforme já demonstrado, o Ministro Gilmar Mendes é o relator do julgamento ora analisado. Ainda em 2015, o ministro votou a favor da descriminalização do porte de qualquer tipo de droga desde que para consumo pessoal (STF, 2015).

O ministro iniciou sua abordagem, prestando esclarecimentos, sob a ótica do princípio da proporcionalidade, acerca dos crimes de perigo abstrato e as políticas regulatórias no contexto da Lei de Drogas, notadamente em relação ao usuário.

Em seu voto, Mendes destacou que não existem estudos suficientes ou incontroversos que demonstrem que a proibição é o meio mais eficaz no combate ao tráfico de drogas, enfatizando ainda que, em que pese tenha sido aplicada esta política de drogas, frequentemente chamada de "Guerra às Drogas", o tráfico tem aumentado consideravelmente nas últimas décadas.

O relator, destacou a importância de definir uma distinção precisa entre tráfico de drogas e posse para consumo pessoal, sob o argumento de que esta é crucial para o destino da pessoa abordada, tendo em vista que ela pode ser presa por até quinze anos, se condenada por tráfico, ou permanecer livre, sujeita apenas a medidas transitórias previstas no artigo 28, sem repercussões penais, se classificada como usuária.

O ministro demonstrou extrema preocupação quanto à seletividade do sistema penal, com indicações de tratamento mais rigoroso para pessoas em situação de vulnerabilidade, especialmente os viciados, tendo em vista que a interpretação subjetiva dos fatos pode levar a decisões arbitrárias.

?Da mesma forma, a percepção geral é de que o tratamento criminal aos usuários de drogas alcança, em geral, pessoas em situação de fragilidade econômica, com mais dificuldade em superar as consequências de um processo penal e reorganizar suas vidas depois desqualificados como criminosos por condutas que não vão além de mera lesão pessoal.
26
Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional.? (MENDES, STF, 2015)

Argumenta ainda, noutro aspecto, que o consumo de qualquer substância é uma decisão estritamente privada, e qualquer dano decorrente disso afeta principalmente a saúde do próprio usuário, motivo pelo qual proibir esse consumo é desrespeitar a

decisão individual do ser de arriscar a própria saúde, afastando, portanto, a saúde pública como bem jurídico tutelado.
Neste sentido, vota pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, afastando, portanto, qualquer efeito penal no dispositivo. Porém, mantendo as medidas administrativas até nova legislação específica.
?Tendo em conta os resultados retratados na pesquisa sobre práticas integrativas, há pouco noticiada, afigura-se que a aplicação, no que couber, das medidas previstas no referido artigo, sem qualquer efeito de natureza penal, mostra-se solução apropriada, em caráter transitório, ao cumprimento dos objetivos da política nacional de drogas, até que sobrevenha legislação específica.? (MENDES, STF 2015)
É importante destacar ainda que, no decorrer do julgamento, após o voto de Alexandre de Moraes, o ministro relator reajustou seu voto no sentido de descriminalizar tão somente o porte de maconha.
Em seguida, o ministro Edson Fachin também manifestou seu voto nos termos do relator, Gilmar Mendes, se alinhando ao pensamento de que o consumo de drogas deve ser considerado como fato da autodeterminação individual, de modo que tal consumo diz respeito à intimidade e privacidade do indivíduo (STF, 2015).
Fachin destaca ainda que, o caso em análise envolve especificamente o porte de maconha, e, que por prudência judicial, a decisão do Supremo Tribunal Federal de descriminalizar o porte de drogas para consumo pessoal deve ser limitada a essa substância.
O ministro Fachin faz questão de destacar que, sob a sua ótica, os critérios ou parâmetros objetivos para diferenciar o traficante do usuário deve ser fixado tão somente pelo Congresso Nacional.
Por sua vez, o ministro Luís Roberto Barroso, assim como Gilmar Mendes e Edson Fachin, também destacou que a medida implica que o Estado não tem autoridade para interferir ou punir o porte de drogas para consumo pessoal (STF, 2015).
27
Ocorre que, faz questão de frisar que tal medida não é equivalente à legalização do consumo de qualquer droga ilícita, nem mesmo a maconha, embora reconheça a inconsistência de descriminalizar o consumo enquanto a produção e distribuição de drogas continuam sendo crimes.
Barroso, demonstrando notória preocupação com o encarceramento gradativo da população brasileira, fez questão de ressaltar as implicações da criminalização do porte de pequenas quantidades de maconha para o elevado número de prisões no Brasil, especialmente entre jovens negros. Argumentando ainda que, é fundamental estabelecer uma quantidade específica para diferenciar o usuário do traficante.
Para a determinação do critério quantitativo na distinção entre usuário e traficante, o Ministro Luís Roberto Barroso, cita critérios adotados em outros países como exemplos a serem considerados. O Ministro esclarece que no Uruguai é adotado o critério de 40 gramas, na Espanha o critério de 100 gramas e, em Portugal, o qual considera uma experiência de sucesso, 25 gramas.
Diante disso, baseando-se nestes modelos, Barroso estabelece um critério

quantitativo de 25g como o limite para presumir o portador como usuário, argumentando que esta presunção é tão somente inicial, de modo que pode ser refutada pelo magistrado de acordo com as circunstâncias no caso concreto. Noutro aspecto, no que diz respeito ao cultivo de Cannabis para consumo próprio, o Ministro propõe um limite de até 6 plantas fêmeas.

Em sequência, o Ministro Alexandre de Moraes argumenta que a problemática na aplicação da lei diz respeito ao artigo 28 da Lei de Drogas, pois, em sua visão, tal disposição aumentou a discricionariedade tanto da autoridade policial quanto do Ministério Público e das autoridades judiciais.

Argumentou ainda que, com a nova lei, o que antes era classificado como usuário passou a ser rotulado como pequeno traficante, acarretando em penas mais severas, e superlotando o sistema carcerário.

Diante disso, o Moraes votou pela descriminalização do porte de maconha para uso pessoal, propondo que seja presumido usuário aquele que guarde, tenha, transporte ou traga consigo até 60 gramas de maconha, ou seis plantas fêmeas.

Argumentou com isto que essa presunção seria relativa, permitindo à autoridade policial considerar outros critérios que possam caracterizar o tráfico de entorpecentes, tais como, a forma de acondicionamento, a diversidade de entorpecentes encontrados 28
com a pessoa, e a apreensão de instrumentos, como balanças, cadernos de anotação e celulares.

Moraes esclarece ainda que estes critérios devem ser considerados durante a audiência de custódia, e, portanto, se o indivíduo estiver com quantidades inferiores às estabelecidas, a autoridade judicial deverá fundamentar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva com base em outros critérios que caracterizem o tráfico. Por outro lado, se a quantidade encontrada for superior à presumida para uso pessoal, a autoridade judicial deverá permitir que o indivíduo comprove que se trata de um usuário e não de um traficante.

No seu voto, a Ministra Rosa Weber também seguiu o entendimento do ministro relator, manifestando seu voto no sentido da descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, ajustando sua posição para que o julgamento se aplicasse exclusivamente ao porte de maconha, argumentando estar plenamente convencida de que é mais apropriado restringir o julgamento apenas a essa substância.

Weber, argumentou que, durante suas visitas nas unidades prisionais brasileiras, como presidente do Conselho Nacional de Justiça, pôde observar de perto a gravidade da situação de tais unidades e que a política de drogas ora aplicada tem contribuído de forma contundente para o agravamento desta situação.

Noutro aspecto, argumentou ainda que o consumo estritamente pessoal de drogas representa um risco à saúde individual do usuário e, portanto, deve ser tratado no âmbito das políticas públicas de saúde e reinserção social, em vez de ser abordado predominantemente pelo aparato penal do Estado.

Ancorada nestes argumentos, a Ministra aderiu ao critério estabelecido pelo Ministro Alexandre de Moraes para diferenciar usuários de traficantes, que é de até 60 gramas de maconha para ser classificado como porte pessoal. Neste sentido, o Ministro

Luís Roberto Barroso, originalmente propondo um limite de 25 gramas, demonstrou estar aberto a ajustar seu voto para se alinhar à maioria em relação à quantidade estabelecida.

O Ministro Cristiano Zanin Martins, primeiro a negar provimento ao Recurso, abriu a divergência no julgamento e votou contra a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343 sob o argumento de que isto poderia potencializar o problema do encarceramento, pois, sob a sua ótica, seriam removidos os únicos parâmetros legais disponíveis para distinguir entre o usuário e o traficante.

29

Neste sentido, o ministro votou pela constitucionalidade do referido artigo, notadamente chamando atenção pela manutenção do critério já existente no parágrafo 2º.

Contudo, em que pese tenha se posicionado de forma divergente, segue a maioria no no que diz respeito a quantidade de maconha a ser fixada como parâmetro orientador que sirva de limite para distinguir uso e tráfico, ou seja, 25 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, propondo a seguinte redação:

?1) É constitucional o artigo 28 da Lei 11.343.

2) Para além dos critérios estabelecidos no parágrafo 2º do artigo 28 da Lei 11.343 para diferenciar o usuário de maconha do traficante, o tribunal fixa, como parâmetro adicional, a quantia de 25 gramas ou seis plantas fêmeas para configuração de usuário da substância, com a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante fundamentação exauriente das autoridades".? (MARTINS, STF, 2023)

O Ministro André Mendonça adota uma posição cautelosa, argumentando que tal medida poderia ser interpretada como um aval para o consumo o que, potencialmente, acarretaria prejuízos à saúde pública.

Ademais, entende que a discussão sobre a descriminalização deve ocorrer dentro do poder legislativo, respeitando o devido processo democrático. Neste sentido, propõe que seja declarada a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas e seja estabelecido um prazo para o Congresso Nacional deliberar a temática e definir critérios objetivos para diferenciar o porte para consumo pessoal e para tráfico de drogas.

Noutro aspecto, propõe ainda que sejam caracterizados como usuários aqueles que portarem até 10g de maconha, o que acredita ser equivalente a 36 cigarros, até que o Congresso delibere sobre o assunto.

Por fim, o Ministro Kassio Nunes Marques, vota em posição alinhada com a visão de que a descriminalização do porte de maconha para uso pessoal deve ser uma decisão do Legislativo e não do Judiciário.

O Ministro destaca ainda que, em sua ótica, o consumo de drogas vai além do próprio usuário tendo em visto que afeta também a sociedade em geral e que, portanto, a manutenção da criminalização, conforme previsto no artigo 28, funciona como um fator inibitório tanto para o consumo quanto para o tráfico de entorpecentes.

Por fim, o ministro Dias Toffoli, pediu vista para examinar de forma mais minuciosa o processo antes de proferir seu voto e terá até 90 dias para explorar o

30

processo antes de devolvê-lo para Barroso. E, como supramencionado, após seu voto, ainda votarão os ministros Luís Fux e Cármen Lúcia.

5. IMPACTO DO JULGAMENTO DO RE 635.659 NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

A descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal está a um passo de se tornar realidade no Brasil, uma vez que, conforme exposto no capítulo anterior, cinco ministros já proferiram votos favoráveis à medida, motivo pelo qual resta apenas mais um voto favorável para que se forme a maioria.

Diante da iminente decisão favorável à descriminalização do porte de maconha para uso pessoal no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, torna-se fundamental considerar as consequências do afastamento da incidência do Direito Penal nesse contexto específico e quais as potenciais consequências para a sociedade.

Neste sentido, em se confirmando a descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal, bem como estabelecido um critério objetivo quantitativo que sirva de parâmetro limite para qualificar o usuário ou o traficante, quais seriam os impactos desta decisão, notadamente no âmbito do sistema carcerário brasileiro?

Inicialmente, o primeiro impacto seria no âmbito do poder judiciário brasileiro, uma vez que as pessoas apreendidas com drogas, dentro dos limites estabelecidos pelo supremo, não seriam mais presas ou processadas como se traficante fossem, desde que ausentes os outros elementos que denotem tráfico, tais como balança de precisão, arma, munição, anotações contábeis referentes ao comércio de substâncias ilícitas e etc.

Diante disso, levando em consideração a média de crescimento do número de presos e processados em razão da Lei de Drogas desde 2006, a medida indica uma possível redução no número de processos judiciais em trâmite no judiciário, uma vez que, em sua maioria, são presos com pouca quantidade de drogas. Para consubstanciar isto, Marcelo Semer46 aponta que aproximadamente 50% dos encarcerados foram presos por estar na posse de menos de 100 gramas de maconha ou 50 gramas de cocaína.

Cumpre destacar, portanto, que a quantidade de drogas apreendidas tem sido fundamental no enquadramento do agente como usuário ou traficante.

46 SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019, p. 285-286.

31

Ocorre que, mesmo fixado um novo parâmetro, não se pode falar em soltura automática dos presos ou medidas similares, uma vez que a quantidade de substância não é o único critério para caracterizar alguém como traficante.

Sendo assim, os detentos serão potencialmente impactados pelo julgamento, pois, uma vez que tais critérios serão meramente orientadores, devem buscar a jurisdição para solicitar uma revisão criminal, na qual suas penas serão reavaliadas à luz dos novos parâmetros e das circunstâncias específicas de seus casos, momento em que será decidido pela reclassificação, ou não, da conduta para consumo pessoal.

Por sua vez, à médio prazo, o impacto desta decisão atingiria o sistema carcerário brasileiro, uma vez que, superada a adoção dos critérios subjetivos transferidos à estrutura do Poder Judiciário para definir o usuário e o traficante, os quais são fundamentados nas circunstâncias sociais e pessoais, localidade e condições em que

se desenvolveu a ação, e adotados parâmetros quantitativos objetivos, evitando, assim, que o subjetivismo das autoridades gerem decisões contraditórias, a tendência é uma redução da superlotação carcerária.

Para consubstanciar isso, faz-se mister sublinear a perspectiva apresentada pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) em conjunto com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos do Ministérios de Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP), em torno do julgamento do crime de tráfico de drogas no judiciário brasileiro.

Os cenários analisados pelo IPEA e SENAD/MJSP, tiveram como base os critérios sugeridos em nota técnica do Instituto Igarapé colacionado aos autos em 2015, a qual pugna pela urgência de estabelecimento de parâmetros objetivos na distinção entre traficante e usuário, a partir dos quais os agentes públicos possam avaliar de forma mais precisa e justa.

A nota técnica do Instituto Igarapé, pelos especialistas que a subscrevem, destaca ainda que parâmetros propostos, e, eventualmente adotados pelo Supremo, tem natureza de presunção relativa, uma vez que julgador pode, desde que de forma fundamentada, desconsiderar tais critérios se os demais critérios legais apontarem para a condição de traficância.

De acordo com a referida nota técnica, para adotar esses parâmetros, foram consideradas as experiências internacionais, os padrões nacionais de consumo de drogas e a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal.

32

CENÁRIO 1 CENÁRIO 2 CENÁRIO 3

25 gramas 40 gramas 100 gramas

6 plantas fêmeas 10 plantas fêmeas 20 plantas fêmeas

Fonte: Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA)

A definição por algum destes critérios para distinguir usuários e traficantes pode atingir de forma significativa os casos em andamento, potencialmente resultando na reclassificação de alguns indivíduos que anteriormente eram considerados traficantes como simples usuários de drogas. Inclusive, para além da definição de gramatura, destaca-se a importância de definição da quantidade de plantas para cultivo, para evitar possíveis erros que levem ao enquadramento no inciso II do §1º do art. 33.

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.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

[...]

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; (BRASIL, 2006)

De acordo com o resultado final da pesquisa do IPEA, se adotados os critérios previstos no ?Cenário 1?, ou seja, gramatura no limite de 25 gramas ou 6 (seis) plantas fêmeas, conforme sugerido pelos ministros Cristiano Zanin Martins e Kássio Nunes Marques no durante o julgamento do RE 635.659, aproximadamente 27% dos presos condenados por tráfico de drogas, cuja a substância apreendida foi maconha, poderiam ter suas penas revistas para uma possível requalificação da condição de traficante para usuário.

33

Por sua vez, a adoção do critério proposto no ?Cenário 2?, o qual estipula o limite de 40 gramas de maconha ou 10 (dez) plantas fêmeas, poderia resultar na revisão das penas de aproximadamente 33% dos condenados. Em consonância a este cenário, os ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso propuseram um limite de 25 a 60 gramas, bem como o cultivo de até 6 plantas fêmeas, de modo que entre 27 e 40 % das penas podem ser revistas.

E, finalmente, se adotado o critério do ?Cenário 3?, cujo limite seria maior, na gramatura de 100 gramas de maconha ou 20 (vinte) plantas fêmeas, limite que chegou a ser proposto pelo ministro Luís Roberto Barroso, cerca de 48% dos condenados por tráfico poderiam ter suas penas revistas.

Vale destacar ainda que, o Ministro André Mendonça propôs o limite de até 10 gramas, o que, segundo Marcelo Semer, após denso estudo acerca do papel dos juízes no encarceramento47, representa aproximadamente 14% das prisões por porte de maconha.

Ademais, o estudo do Ipea, demonstra ainda que, para além da maconha, no caso da cocaína, pelo menos o percentual de 31% dos presos por tráfico poderia ter sua pena revista caso o Supremo fixasse um parâmetro de 10 gramas, bem como o percentual de 37% caso fosse fixado o limite de 15 gramas.

Sendo assim, o estudo projeta a possibilidade de reclassificar como porte para uso de drogas, aproximadamente, entre 27 e 48% das apreensões de cannabis e entre 31 e 37% das apreensões de cocaína.

Neste sentido, à luz do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, verifica-se que os critérios sugeridos pelos ministros estão, em sua maioria, em consonância aos critérios adotados pelo Ipea na realização de sua pesquisa.

Em tempo, é importante destacar ainda que o julgamento do Recurso Extraordinário 635.59 está em curso há aproximadamente 9 (nove) anos. E, esta morosidade na definição, pode ter contribuído para o aumento da população carcerária, conforme verifica-se dos dados extraídos através do SISDEPEN.

De acordo com os dados extraídos pelo SISDEPEN, observa-se no levantamento realizado no último semestre de 2014, ano que antecede o início do julgamento, que o Brasil tinha à época um contingente de 147.475 pessoas privadas de liberdade por crimes relacionados à lei de drogas.

47 SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019.

34

Ocorre que, diante da morosidade no julgamento, este contingente cresceu

significativamente, alcançando a marca aproximada de 200.000 presos no segundo semestre de 2023, conforme 15º ciclo de coleta levantado pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ou seja, um aumento de aproximadamente 35%.

Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN - 15º ciclo de coleta).

Sendo assim, destaca-se que, levando em consideração os cenários apresentados pelo Ipea, este aumento poderia ter sido evitado se o julgamento já houvesse sido definido. Portanto, conforme argumenta Alexandre de Moraes48, a fixação de critérios mais objetivos para a distinção entre traficantes e usuários levariam a diminuição da discricionariedade policial no momento da realização do flagrante e, posteriormente, a discricionariedade do Ministério Público no momento da denúncia e a judicial na tipificação final da conduta, o que, consequentemente reduziria o número das prisões em razão da lei de drogas.

48 DE MORAES, Alexandre. RE 63659/SP. Voto do Ministro Alexandre de Moraes proferido em 02/08/2023, p. 25-27.

35

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou compreender os fundamentos da configuração da Lei 11.343/2006, bem como, ancorado em dados estatísticos, entender os reflexos da sua aplicação no sistema penitenciário brasileiro.

Para tanto, foi traçada uma perspectiva histórica acerca da utilização de substâncias psicoativas, bem como as origens da política proibicionista de drogas buscando entender suas causas e consequências. Sendo assim, foi possível vislumbrar que há milênios essa prática é utilizada pelas mais diversas culturas para os mais variados fins, sejam eles ritualísticos, religiosos ou de cunho pessoal.

Após isto, buscou-se compreender as raízes do proibicionismo no Brasil, momento em que observou-se que o proibicionismo foi alicerçado, notadamente por questões morais, econômicas e sociais, ou seja, embora criado sob o crivo da proteção da saúde pública, este argumento, na verdade, se mostra secundário.

Buscando compreender o impacto da Lei de Drogas no sistema carcerário brasileiro, foi realizada uma pesquisa do tipo documental com análise dos dados estatísticos do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN). Neste momento, através do levantamento realizado, observou-se que após o advento da lei de drogas, a população carcerária brasileira mais que dobrou, e, embora não se possa imputar este crescimento unicamente à Lei de Drogas, não se pode ignorar sua decisiva influência para que fossem atingidos estes números.

Conforme os dados levantados, o número de presos por crimes relacionados a drogas no Brasil sob a vigência da Lei nº 6.368/76 consistia no montante de 32.880 até o fim de 2005. Por sua vez, com o advento da Lei nº 11.343/06, Lei de Drogas em vigor, este número atingiu o contingente de 199.731 presos, portanto, verificamos um aumento de pelo menos 166.851 pessoas privadas de liberdade em razão desta lei, ou seja, um impactante aumento no percentual de aproximadamente 507%.

Por fim, foi analisado o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (Tema

506), buscando compreender os possíveis impactos da eminente decisão pelo Supremo Tribunal Federal que, descriminalizando ou não o porte para consumo pessoal da maconha, fixará um critério objetivo que servirá de parâmetro para auxiliar no julgamento dos crimes relacionados a drogas.

Conforme exposto, os critérios sugeridos pelos ministros variam do limite mais conservador de apenas 10 gramas de cannabis, para a gramatura mais liberal de 100

36

gramas, destacando ainda que, em sua maioria, os ministros sugeriram que seja fixado o parâmetro de 25 gramas ou 6 plantas fêmeas para cultivo.

Assim, após análise dos estudos realizadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) em conjunto com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos do Ministérios de Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP), foi possível chegar a conclusão de que se estabelecido um critério de 25 gramas de maconha ou 6 plantas fêmeas 27% dos presos por porte de maconha poderão ter suas penas revistas, se fixado um parâmetro de 40 gramas ou 10 plantas fêmeas este percentual seria de pelo menos 33%, e, por, fim, se fixado o parâmetro de 100 gramas, cerca de 48% dos presos poderiam pedir revisão criminal e ter suas penas revistas.

Conclui-se, portanto, que ante todo o exposto no decorrer deste trabalho, a Lei 11.343/06, teve papel decisivo no aumento da população carcerária brasileira. Principalmente porque, a ausência de critérios quantitativos claros para distinguir o usuário do traficante deixou lacunas legais que permitiram a atuação discricionária do poder público, notadamente pelos policiais e juízes.

A decisão do Supremo Tribunal em estabelecer um parâmetro objetivo para distinguir entre usuários e traficantes de drogas é uma medida importante, ainda que não resolva de imediato a problemática da superlotação carcerária. No entanto, essa decisão tem o potencial de conter o crescimento exponencial da população prisional, o que, por sua vez, poderá contribuir para a redução da superlotação ao longo do tempo.

37

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Marcelo Caetano Bittencourt Pizzani Ribeiro. Análise Crítica dos Impactos da Lei 11.343/06 nos Rumos do Encarceramento no Brasil. Fortaleza/CE, Vol. 11, Edição 231, 2023. Disponível em: http://dx.doi.org/10.35265/2236-6717-231-12510. Acesso em 23 jun. 2024

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659. Tema: Repercussão Geral 506. Recorrente: Francisco Benedito De Souza. Recorrido: Ministério Público Do Estado De São Paulo. Relator: Gilmar Mendes. Órgão De Origem: TJSP - 1º Colégio Recursal - Central São Paulo. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145. Acesso em 12 mai. 2024.

_____. Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915. Promulga a Convenção Internacional do Ópio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assinados na Haya. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 3597. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D11481.html. Acesso em: 16

jun. 2024
_____. Decreto nº 4.294, de 06 de julho de 1921. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 13407. Disponível em:https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-publicacaooriginal-92525-pl.html. Acesso em 16 jun. 2024
_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 23911. Coleção de Leis do Brasil - 194 0, Página 187 Vol.7. 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: 14 jun. 2024
_____. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 out. 1976. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6368-21-outubro-1976-357249-norma-pl.html. Acesso em: 10 mai. 2024
_____. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2
BASILIO, Adriene Jayme. A Guerra Contra As Drogas E A Superlotação Carcerária No Brasil. 2022. 62 f. Monografia. Pontifícia Universidade Católica De Goiás, Goiás, 2022.
BLOCK, Walter. Drug prohibition: a legal and economic analysis. Journal of Business Ethics, Worcester, v. 12, p. 689-700, set. 1993.
BOITEUX, Luciana. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade. 273 f. Tese (doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em:
38
https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf Acesso em: 12 mai. 2024.
_____, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), 2014. p. 92.
CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.
COFFI, Pedro Pasquotto. A ausência de critérios objetivos na lei 11.343/2006. 2018. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Penal e Criminologia. Porto Alegre. 2018, P. 37.
DE MELO, Michel Cícero M. Acórdãos, Objetos e Territórios: Tráfico de drogas e associação para o tráfico nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 2020. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.
DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2005.

Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf. Acesso em: 27 mai. 2024

DOMENICI, Thiago e BARCELOS, Iuri. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. Disponível em: Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo - Agência Pública.

ESCOHOTADO, Antônio. História General de Las Drogas. 3. ed. rev. aum. Madri: Alianza, 1995. 3 v

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf. Acesso em: 12/04/2024. Acesso em: 30 mai. 2024.

JESUS, Maria Gorete Marques de. ?O Que Está no Mundo não Está nos Autos?: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. São Paulo: Tese (Doutorado em Sociologia) ? Universidade de São Paulo, 2015.

KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013. Disponível em: http://dspace/xmlui/bitstream/item/6937/PDIexibepdf.pdf?sequence=1. Acesso em: 11/11/2024

39

LABATE, Beatriz Caiuby. Viagem ao centro do Iboga. Publicado em: http://www.terramistica.com.br/index.php?add=Artigos&file=article&sid=56&ch=4. Acesso em: 16 de jun. 2024

INÁCIO, Mariana Secorun; BUENO, Marina Manzoni. Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021.

PAIS, T.A. ?Drug Profiling: O caso da Heroína?. 2011. 92 f. Dissertação apresentada para provas de Mestrado em Química Forense, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.

PILATI, Rachel Cardoso. Direito Penal do Inimigo e Política Criminal de Drogas no Brasil: Discussão de Modelos Alternativos. 2011. 164 f. (Dissertação) Universidade Federal de Santa Catarina.

RAMOS, Alex Agra. Dispositivo autocrático de segurança: violência policial e dominação burguesa no Brasil. Salvador, 2020.

Relatório um tiro no pé: impactos da proibição das drogas no orçamento do sistema de justiça criminal do Rio de Janeiro e São Paulo. Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC). Disponível em: https://drogasquantocustaproibir.com.br/. Acesso em 16 mai. 2024

Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas. 2011. Disponível em: http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2017/10/GCDP_WaronDrugs_PT.pdf. Acesso em: 20 abr. 2024

RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do

proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014
SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019.
VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, 2021.
WACQUANT, Loïc. As Prisões da Miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research (ICPR), em Birkbeck, Universidade de Londres. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/ Acesso em: 14 mai. 2024
ZALUAR, Alba. Democratização inacabada: fracasso da segurança pública. Estudos Avançados, 2007. 21(61), 31?49. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0103-40142007000300003. Acesso em: 24 abr. 2024

==========

Arquivo 1: TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf (9878 termos)
Arquivo 2: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/trafico-de-drogas-x-porte-para-consumo (1704 termos)
Termos comuns: 189
Similaridade: 1,65%
O texto abaixo é o conteúdo do documento TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf (9878 termos)
Os termos em vermelho foram encontrados no documento https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/trafico-de-drogas-x-porte-para-consumo (1704 termos)

==========

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
GRADUAÇÃO EM DIREITO
JOÃO VICTOR DE MATOS SILVA
POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL:
O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA
POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
Salvador
2024
JOÃO VICTOR DE MATOS SILVA
POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL:
O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA
POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
Artigo apresentado ao Curso de
Graduação da Universidade Católica
do Salvador, como requisito parcial
para a obtenção do Título de Graduado
em Direito.
Orientador: Alan Roque Souza de
Araujo.
Salvador
2024
3POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL: O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
João Victor de Matos Silva1
Alan Roque Souza De Araujo2
RESUMO: A utilização de substâncias psicoativas é uma realidade que pode ser observada há milênios em diferentes civilizações e para os mais diversos fins, sejam estes, de cunho personalíssimo, ritualístico, religioso, terapêutico e/ou medicinais. Em contrapartida, vislumbra-se também que ao longo do tempo estas substâncias,

popularmente conhecidas como drogas, passaram a ser combatidas pelo Estado, geralmente por meio do aparelho repressivo estatal, que, contudo, não tem sido exitoso em seus objetivos. Neste sentido, diante da evidente ineficácia estatal, que tem contribuído para a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, conforme análise dos dados pesquisados, é importante reavaliar estratégias para enfrentar os problemas causados pelo comércio ilícito de drogas, e, neste aspecto, busca-se compreender como o julgamento do Recurso extraordinário 635.659 pode impactar na população carcerária brasileira.

PALAVRAS CHAVE: Proibicionismo. Drogas. Encarceramento. Seletividade Penal. Recurso Extraordinário 635.659.

ABSTRACT: The use of psychoactive substances is a reality that can be observed for millennia in different civilizations and for the most diverse purposes, be they very personal, ritualistic, religious, therapeutic and/or medicinal. On the other hand, it can also be seen that over time these substances, popularly known as drugs, have come to be combated by the state, usually through the state's repressive apparatus, which, however, has not been successful in its objectives. In this sense, given the obvious inefficiency of the state, which has contributed to the overcrowding of the Brazilian prison system, according to an analysis of the data researched, it is important to re-evaluate strategies to tackle the problems caused by the illicit drug trade, and in this regard, we seek to understand how the judgment of Extraordinary Appeal 635.659 may impact on the Brazilian prison population.

KEYWORDS: Prohibitionism. Drugs. Imprisonment. Criminal Selectivity. Extraordinary Appeal 635.659.

2 Professor universitário. Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista Internacional em Segurança Pública pela UNEB e Universitá Degli Studi di Padova. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Cairu. Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Superior (UNYAHNA).

1 Graduando no curso de Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). E-mail: joaovm.silva@ucsal.edu.br

4SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. DA POLÍTICA DE DROGAS ADOTADA NO BRASIL: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA 2.1 O PROIBICIONISMO NO BRASIL E A LEI 11.343/2006 2.2. A PROBLEMÁTICA DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS: COMO DISTINGUIR USUÁRIO DE TRAFICANTE 3. ANÁLISE DOCUMENTAL DO SISDEPEN: IMPACTO DA LEI DE DROGAS PARA A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO 3.1 POPULAÇÃO CARCERÁRIA ANTES E DEPOIS DA LEI DE DROGAS. 3.2 VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO POLICIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS 4. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POLÍTICA DE DROGAS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RE 635.659 4.1 PERCURSO METODOLÓGICO EMPREGADO PARA ANÁLISE DO JULGAMENTO 4.2 DESCRIÇÃO DO JULGAMENTO 4.3 OS VOTOS DOS MINISTROS 5. IMPACTO DO JULGAMENTO DO RE 635.659 NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho buscou compreender a configuração da Lei de Drogas sancionada em 2006 (Lei 11.343/2006), e, notadamente, quais são os seus reflexos no sistema penitenciário brasileiro.

É possível observar que, desde o início da vigência da Lei 11.343/2006, o número de pessoas privadas de liberdade em razão da Lei de Drogas, de forma provisória ou definitiva, teve um vertiginoso aumento, fator que contribuiu essencialmente para a superlotação do sistema carcerário. Prova disso, é que o Brasil tem hoje a terceira maior população carcerária do mundo, e, segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023)3, o encarceramento por crimes ligados a drogas deu um salto de aproximadamente 300% desde a promulgação da referida lei.

Um dos fatores para esse aumento, consiste na ausência de determinação no dispositivo legal de uma característica mais objetiva, como a gramatura ou quantidade que sirva de limite para distinguir o porte para consumo do tráfico de drogas, conforme aponta Pedro Pasquotto Coffi.4

Embora a quantidade não seja o único fator considerado para configurar a prisão por tráfico de drogas, a ausência de critério quantitativo tem contribuído significativamente para a prisão de usuários como se traficantes fossem, em razão da

4 COFFI, Pedro Pasquotto. A ausência de critérios objetivos na lei 11.343/2006. 2018. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Penal e Criminologia. Porto Alegre. 2018, P. 37.

3 Anuário Brasileiro de Segurança Pública / Fórum Brasileiro de Segurança Pública. ? 1 (2006) -. ? São Paulo: FBSP, 2023. 357 p.: il.

5seletividade penal no sistema de segurança pública brasileiro. Sendo assim, nas palavras de Luís Carlos Valois, tem sido fator importante na superlotação do já precário e abandonado sistema penitenciário5, sendo causa de rebeliões, mortes e violências de todas as espécies.

Diante disso, através do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (Tema de Repercussão Geral nº 506), que questiona a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, se discute no Supremo Tribunal Federal a necessidade do estabelecimento de critérios menos discricionários para, nas palavras do Ministro Alexandre de Moraes, ?evitar que uma mesma conduta, dependendo do local, condição social da pessoa ou outros elementos, possa ser definida como tráfico ou como posse para uso pessoal? 6.

Neste sentido, ainda segundo Moraes (2023)7, é importante que sejam estabelecidos critérios mais objetivos para a distinção entre traficantes e usuários, para que assim seja possível reduzir a discricionariedade policial quando do flagrante, bem como do Ministério Público quando da denúncia e da justiça quando da tipificação final da conduta.

Nesta senda, o problema de pesquisa que se busca responder com o presente artigo é como o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pode impactar na população carcerária brasileira. Defende-se, portanto, a importância desta pesquisa pois, a aplicação da Lei de Drogas (Lei 11.342/2006), tem se mostrado ineficaz para com os seus objetivos, tendo em vista que a ausência de um critério objetivo para distinguir o tráfico de drogas para o porte de droga para consumo pessoal, conforme Moraes (2023)

tem dado margem para a discricionariedade policial e, com isso, tem sido responsável por um elevado número de prisões discricionárias.

Portanto, ante à obsoleta política criminal de drogas, a presente discussão se mostra essencial para a busca de um modelo alternativo de política de drogas que não seja orientado pelo paradigma proibicionista e repressivo e que tenha como escopo a busca pela redução das prisões por crimes relacionados a drogas.

Neste sentido, este trabalho terá como objetivo mais amplo identificar o impacto da política de combate às drogas adotadas no Brasil para o superencarceramento e como

7 DE MORAES, Alexandre. RE 63659/SP. Voto do Ministro Alexandre de Moraes proferido em 02/08/2023.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659 ? São Paulo. Repercussão geral nº 506 no Recurso Extraordinário.

5 VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, 2021, p.453.

6o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pode impactar na redução destas prisões.

Deste modo, para encontrar uma resposta ao problema de pesquisa proposto, foi necessário compreender alguns aspectos que foram subdivididos em 5 (cinco) capítulos.

Inicialmente, fez-se necessário buscar entender a gênese da política proibicionista de combate às drogas para que assim fosse possível compreender a construção da Lei 11.342/2006, bem como os seus reflexos na sociedade brasileira.

No capítulo seguinte buscou-se entender a importância do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na amortização do superencarceramento causado pela lei de drogas, através de análise dos votos dos ministros e a projeção do impacto da iminente decisão.

Em seguida, para demonstrar o crescimento da população carcerária brasileira, realizou-se uma comparação entre a população carcerária brasileira incidentes nos artigos da lei de drogas desde o início da sua vigência aos dias atuais. Neste sentido, buscou-se analisar dados, levantamentos e estatísticas penitenciárias realizados pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ferramenta utilizada pela Secretaria Nacional de Políticas penais para coletar informações padronizadas e realizar um eficaz mapeamento do sistema penitenciário no Brasil.

A metodologia utilizada foi a pesquisa qualitativa do tipo documental, tendo em vista que para mensurar estatisticamente o aumento gradativo da população carcerária brasileira por crimes relacionados a drogas, foi realizado a análise dos dados e relatórios extraídos pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), bem como pesquisa bibliográfica através de autores de referência mediante suas obras extraídas de repositórios acadêmicos como o repositório institucional da Universidade de São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, bem como periódicos como Scielo e Google Acadêmico.

Nesta senda, cumpre destacar que esta pesquisa não buscou deliberar acerca do processo legislativo que produziu a Lei 11.243/2006, tampouco buscou analisar a lei de drogas sob o crivo do processo penal, mas investigar as possíveis relações entre a Lei de Drogas e o aumento do encarceramento brasileiro, tomando como referência dados

extraídos através do SISDEPEN.

72. DA POLÍTICA DE DROGAS ADOTADA NO BRASIL: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOMODELO PROIBICIONISTA.

A utilização de substâncias psicoativas, usualmente chamadas de drogas, não é uma exclusividade da modernidade. É possível observar, historicamente, que há milênios substâncias entorpecentes são utilizadas pelas mais diversas sociedades para fins de cunho personalíssimo, ritualístico, religioso, terapêutico e/ou medicinais.8

Exemplo disso é que, conforme demonstrado por Beatriz Labate, há cerca de cinco milênios, a tribo Pigmeu, habitante na África Central, ao observar como agiam os javalis que se alimentavam de determinado arbusto nativo daquela região, o Tabernanthe iboga, acabaram descobrindo as propriedades alucinógenas geradas através consumo da referida planta, motivo pelo qual passaram a consumi-la sob a lógica do entorpecimento9.

Não obstante, conforme registros deixados em papiros mesopotâmicos, verifica-se que a utilização de opioides e opiáceos na antiga Mesopotâmia era uma prática realizada há cerca de oito milênios. Inclusive, é possível observar que drogas consideradas atualmente como mais pesadas tais quais o ópio, heroína e a morfina, antes de terem sido classificadas como drogas de caráter ilícito, foram amplamente utilizadas pela medicina como alternativa para tratar de alguns problemas na saúde como a dor.10

Sendo assim, Pablo Ornelas Rosa11, aponta que não se trata, obviamente, de um fenômeno hodierno, mas de uma questão milenar que ultrapassa gerações. Portanto, para compreender como se originaram as políticas proibicionistas a nível global e a nível nacional, é indispensável entender como as sociedades mais remotas se comportavam diante destas substâncias.

Desde que passaram a ser utilizadas para fins psicotrópicos, aduz Salo de Carvalho, as drogas passaram a ser objeto de controvérsias e, consequentemente, combatidas pelo Estado.12

12 CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

11 ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014

10 ARAÚJO, Frederico Fonseca Casagrande de. Drogas: Uma análise histórica, social e contextual das políticas proibicionistas e de seus impactos sociais. Monografia. Curso de Direito. Faculdade Vale do Cricaré, São Matheus. 2018, p. 15.

9 LABATE, Beatriz Caiuby. Viagem ao centro do Iboga. 2001.

8 ARAÚJO, Frederico Fonseca Casagrande de. Drogas: Uma análise histórica, social e contextual das políticas proibicionistas e de seus impactos sociais. Monografia. Curso de Direito. Faculdade Vale do Cricaré, São Matheus. 2018, p. 14.

8Historicamente, é possível observar nas civilizações ocidentais e orientais algumas medidas proibitivas adotadas na primeira metade do século XIX. Neste sentido, as primeiras medidas restritivas ao consumo e comércio de drogas adotadas no ocidente, conforme Baesso (2013), citado por Araújo (2018), ocorreram após a revolução industrial, principalmente a partir do desenvolvimento da indústria farmacêutica.

Por sua vez, outro momento histórico que permite entender uma nova ordem internacional em torno da política proibicionista de drogas, desta vez no oriente, é a

famigerada Guerra do Ópio travada entre China e Reino Unido.13
Escohotado14 argumenta que a China, ainda na primeira metade do século XIX, adotou uma série de medidas proibitivas contra o comércio do ópio, inclusive, confiscando e destruindo centenas de carregamentos de navios ingleses, maiores exportadores de ópio para a China, o que levou a Inglaterra a invadir a China para garantir a continuidade do comércio de ópio na região.
Ocorre que, o combate mais incisivo contra a produção, comércio e até ao consumo para fins recreativos destas substâncias psicoativas veio tomar proporções globais, quando da adoção de políticas mais severas adotadas pelos Estados Unidos da América.
De acordo com Souza e Calvete (2017)15 uma das principais razões da proibição de psicotrópicos na cultura norte americana, foi a forte influência da ética protestantista, a partir da premissa de que o descontrole e a irresponsabilidade não poderiam ser tolerados, e, portanto, a utilização de substâncias psicoativas deveria ser veementemente combatida, o que demonstra que tais políticas foram influenciadas pelo crivo da moralidade.
Nesta mesma linha, conforme aponta Pablo Ornelas Rosa16, as primeiras medidas proibitivas adotadas pelos Estados Unidos da América na segunda metade do século XIX, foram fundadas em conotações xenófobas e repressivas. Ainda segundo Rosa, esta política era direcionada ao combate ao ópio era amplamente utilizado por imigrantes chineses.
16 ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014.
15 CALVETE, Cássio da Silva; SOUZA, Taciana Santos. História e formação do mercado das drogas. Revista de Economia, v.41, n. 76, p. 401-429, Universidade Federal do Paraná, 2020.
14 ESCOHOTADO, Antônio. História General de Las Drogas. 3. ed. rev.aum. Madri: Alianza, 1995. 3 v
13 RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
9[...] possível constatar a conotação explicitamente racista, xenófoba e repressiva, que provavelmente tem sua procedência no Decreto de Expulsão de Chineses de 1882. Esta lei procurou não somente estigmatizar, mas também criminalizar os chineses que naquele momento eram considerados os grandes consumidores de ópio, tratados, a partir daquele episódio da história, como agressores da cultura e da moral estadunidense. (ROSA, 2014, p. 283)
Já no século XX, as políticas repressivas atinentes ao controle das drogas são munidas de um caráter belicista, principalmente quando da realização da Convenção Única sobre Entorpecentes da ONU em 1961 onde foram fincadas as bases legais da política internacional de guerra às drogas.
Neste sentido, conforme aponta Pilati 17, embora já houvesse uma política de drogas pautada pelo proibicionismo, um marco repressivo foi o governo de Richard Nixon que em 1971 pronunciou-se à população declarando que as drogas eram o inimigo número um dos Estados Unidos da América, declarando o início a uma verdadeira corrida antidrogas.
Neste sentido, atualmente, a temática abordada é regulamentada em sede

internacional a partir dos seguintes acordos internacionais: A Convenção Única da ONU sobre Entorpecentes de 1961, a Convenção da ONU sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e a Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, os quais preveem medidas para a erradicação do tráfico sob a ótica proibicionista.

2.1. O PROIBICIONISMO NO BRASIL E A LEI 11.343/2006

Neste aspecto, é importante compreender a construção do modelo de combate às drogas adotado no Brasil, notadamente a ótica da legislação proibicionista (Lei 11.343/06) que orienta o judiciário e os demais poderes.

No Brasil, há registros de medidas proibitivas, ainda que esparsas, desde a época colonial. Conforme aponta Salo de Carvalho, a incriminação do porte, do comércio ou do uso de determinadas substâncias tóxicas aparecem já nas Ordenações Filipinas no século XVII.18

18 CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

17 PILATI, Rachel Cardoso. Direito Penal Do Inimigo E Política Criminal De Drogas No Brasil: Discussão De Modelos Alternativos. 2011. 164 f. (Dissertação) Universidade Federal de Santa Catarina.

10

No início do século XX, sob influência internacional, que discutia a regulamentação do consumo e comércio do ópio, o Brasil adotou medidas restritivas com o escopo de impedir o uso indiscriminado do ópio e seus derivados, bem como outras substâncias químicas e orgânicas, através do Decreto nº 11.481, aprovado em 1915.19

Contudo, somente na década seguinte, é que foi editado pelo então presidente Epitácio Pessoa um decreto que estabeleceu medidas específicas relacionadas ao comércio de drogas, indicando as penalidades e procedimentos.20

Embora o Código Penal Republicano já tivesse disposição expressa acerca da proibição de determinadas substâncias tóxicas, Maria Lúcia Karam,21 aponta que a criminalização de condutas como a produção, distribuição e consumo de drogas que tornaram-se ilícitas de fato somente ocorreu com o advento das leis penais de 1932, que através do artigo 25, estabeleceu as condutas que configurariam tráfico de drogas instituindo penas privativas de liberdade de uma a cinco anos e multa.

Em seguida, houve a sistematização destas sanções a partir da edição do Código Penal de 194022, sob a ditadura do Estado Novo, prevendo a criminalização do tráfico e também da posse de substâncias entorpecentes.

Verifica-se que, em consonância às experiências internacionais, notadamente norte americana, observa-se que as origens proibicionistas brasileiras se dão em razão de questões não científicas. Nesta linha, inclusive, Moraes (2023) destaca que a proibição da maconha no Brasil, de forma similar aos Estados Unidos, no início do século XX, se deu baseada em questões morais.

A Lei 6.368/76, conhecida por Lei de Tóxicos23, estabeleceu medidas rigorosas para o controle e a repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes, além de prever tratamentos para dependentes químicos.

23 BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de repressão ao tráfico ilícito e

uso indevido de substâncias entorpecentes. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 out. 1976.
22 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 23911. Coleção de Leis do Brasil - 194 0, Página 187 Vol.7.
21 KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013
20BRASIL. Decreto nº 4.294, de 06 de julho de 1921. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 13407.
19BRASIL. Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915. Promulga a Convenção Internacional do Ópio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assinados na Haya. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 3597.
11
Sob a vigência desta lei, o uso ou porte de drogas para consumo pessoal era considerado um delito penal, de modo que previa pena de detenção de 6 meses a dois anos. E, por sua vez, impunha penas significativamente mais severas ao delito de tráfico de drogas, de modo que os traficantes estavam sujeitos a penas mais longas que iam de 3 a 15 anos de reclusão, além de condenação ao pagamento de multas, cujo valor variava conforme o caso específico.
Por fim, no ano de 2006 foi configurada a atual Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), que buscando compatibilizar as disposições normativas que a antecedem, prescreveu medidas que preveem a reinserção social dos usuários/dependentes químicos, bem como medidas preventivas voltadas para o controle do uso indiscriminado destas substâncias.
Outro aspecto da referida lei, é que ela traz em seu bojo um avanço no que diz respeito ao reconhecimento da diferença entre o usuário e o traficante, que doravante passaram a ser enquadrados em dispositivos diferentes.
A nova lei de drogas retirou a pena de prisão da posse de drogas para consumo próprio, porém, manteve a sua utilização como crime. O artigo 28 da referida lei, define como usuário aquele que ?adquire, guarda, tem depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar?.24
Neste caso, são previstos 3 (três) tipos sancionatórios (1) a advertência sobre os efeitos das drogas pelo juiz, (2) a prestação de serviços à comunidade num prazo máximo de 5 (cinco) anos que pode ser elevado para 10 (dez) em caso de reincidência, e, por fim, (3) a obrigatoriedade de frequentar um curso educativo sobre as drogas.
Por sua vez, a comercialização destas substâncias continua sendo tipificada como crime, possuindo uma pena máxima de 15 (quinze) anos. Esta previsão está disposta no artigo 33 da Lei de Drogas que caracteriza o traficante aquele que ?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.?25
25 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.
24 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.
12

Portanto, verifica-se que embora a legislação tenha buscado tratar o fenômeno do controle das drogas a partir de uma lógica mais humana ao retirar a privação da liberdade para os usuários, tem causado efeito diverso daquele pretendido, tendo em vista que tem contribuído fundamentalmente com o aumento do sistema carcerário brasileiro.26

Neste mesmo sentido, argumenta Marcelo Caetano Bittencourt Pizzani Ribeiro de Andrade:

Em face do exposto no presente artigo, portanto, é inegável que o crescimento exponencial do aprisionamento no Brasil guarda estreita relação com a maneira que os atores do sistema de justiça criminal costumam aplicar os dispositivos sancionadores trazidos pela Lei nº 11.343/2006. (ANDRADE, 2023, p.13)

Portanto, além de não proteger a tutela da saúde coletiva, conforme proposto, o encarceramento causado com a sua aplicação tem desrespeitado constantemente a premissa constitucional da dignidade da pessoa humana.

2.2. A PROBLEMÁTICA DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS: COMO DISTINGUIR USUÁRIO DE TRAFICANTE?

Como dito no tópico anterior, em substituição a Lei 6.368/76, a legislação brasileira sobre drogas foi disciplinada pela Lei 11.343/2006 e trouxe em seu bojo, dentre outras alterações, uma inovação: distinção entre usuário e traficante. Com isto, a nova lei de drogas, introduziu mudanças substanciais no tratamento dispensado aos usuários e aos traficantes de drogas de modo que, enquanto impõe ao usuário um tratamento mais sutil, por considerar delito de ínfimo potencial ofensivo, passa a tratar o traficante de drogas com mais severidade.

O artigo 33 da lei de drogas define como traficante aquele que ?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?, impondo uma pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

26 BASÍLIO, Adriene Jayme. A Guerra Contra As Drogas E A Superlotação Carcerária No Brasil. 2022. 62 f. Monografia. Pontifícia Universidade Católica De Goiás, Goiás, 2022.

13

Por sua vez, a definição de usuário pode ser extraída da leitura do artigo 28 da lei de drogas, a qual dispõe que o usuário é aquele que ?adquire, guarda, tem depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar?.

Contudo, da redação do § 2 do mesmo artigo, verifica-se que cabe ao julgador avaliar se a droga encontrada com o indivíduo se destinava ao uso pessoal, e que, para tanto, deverá levar em consideração aspectos como 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.

Assim prevê o artigo 28 da lei 11.343/2006.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer 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. (BRASIL, 2006)

Da leitura do artigo supramencionado verifica-se que não há um parâmetro preciso de gramatura ou outra medida que permita quantificar o que diferencia o porte de droga para consumo pessoal do tráfico de drogas e sim, critérios pouco objetivos. Ocorre que, diante do marcante perfil punitivista dos agentes de segurança pública, desde os policiais que apreendem o indivíduo aos magistrados responsáveis pelo julgamento, ficar a critério da subjetividade do julgador quais são os fatores para diferenciar a condição de usuário para traficante é abrir margem para a discricionariedade.

Neste mesmo sentido, assim argumenta Luciana Boiteux 27.

Assim, o sistema brasileiro de controle de drogas atua de forma seletiva e autoritária, pois não limita o poder punitivo, pelo contrário, deixa de estabelecer limites e contornos diferenciadores exatos para as figuras do usuário, do pequeno, médio e grande traficante, e atribui às autoridades, no caso concreto, ampla margem de discricionariedade, o que acarreta uma aplicação injusta da lei. (BOITEUX, 2014, p. 92)

Neste aspecto, embora a lei preceitue que caberá ao juiz, baseado nas circunstâncias da prisão, diferenciar o usuário do traficante, na prática o que se vê é que

27 BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), 2014. p. 92.

esta distinção tem início desde a abordagem da polícia que, geralmente, é a única testemunha do fato, e, tendo em vista que sua palavra goza de presunção de veracidade e de presunção de legitimidade28, é peça fundamental na justificativa para as prisões.29

Neste sentido, Alex Agra Ramos30, chama atenção para o caráter racista e discriminatório do sistema de segurança pública no sentido de que o verdadeiro critério na distinção entre o traficante e o jovem usuário consiste na discriminação.

A diferença entre um traficante e um jovem é dada pelo critério racial e com ele, a diferença entre a vida matável e a vida ser preservada. O crime a ser combatido pouco importa, porque não se combate o crime, se combate aquele que é identificado como criminoso, se combate o inimigo. (RAMOS, p. 269, 2020)

Neste sentido, é importante que seja determinado um parâmetro mais objetivo capaz de distinguir consumo pessoal do tráfico de drogas, tendo em vista que, embora este critério não seja o único e determinante, conforme argumenta Alexandre de Moraes (2023), ?a ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na

medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes?.
Portanto, a ausência de um critério mais objetivo, que estabeleça uma quantidade de droga que sirva de parâmetro para o juiz analisar a prisão, tem se mostrado um grave problema de segurança pública, e tem contribuído fundamentalmente com a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, conforme será demonstrado nos capítulos subsequentes.
Neste sentido, Boiteux 31 aduz que:
[...] A atual política criminal de drogas no Brasil é um dos fatores que mais contribuíram para o agravamento da população carcerária. (Boiteux, 2006, p. 233)
Sendo assim, não restam dúvidas que a crise no sistema penitenciário brasileiro foi agravada pela política proibicionista, a qual se manifesta de diversas formas.
31 RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
30 RAMOS, Alex Agra. Dispositivo autocrático de segurança: violência policial e dominação burguesa no Brasil. Salvador, 2020.
29 DE MELO, Michel Cícero M. Acórdãos, Objetos e Territórios: Tráfico de drogas e associação para o tráfico nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 2020. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.
28 Acórdão 1242191, 00011028220198070014, Relator: SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, Segunda Turma Criminal, data de julgamento: 2/4/2020, publicado no PJe: 23/4/2020.
15
Portanto, a abordagem punitiva tem se mostrado ineficaz na redução do tráfico de drogas, enquanto perpetua um ciclo de criminalidade e marginalização. 32
3. ANÁLISE DOCUMENTAL DO SISDEPEN: IMPACTO DA LEI DE DROGAS PARA A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.
A política de combate às drogas adotada no Brasil é regida pela Lei nº 11.343/2006, a qual manteve criminalização do usuário sob o pretexto da prevenção ao uso indiscriminado e garantia do tratamento dos dependentes, com vistas a reinseri-los na sociedade, mas na prática o que se demonstra com a aplicação da referida lei é que jamais a criminalização cumpriu com suas promessas.33
Ademais, da análise dos dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023), verifica-se que o encarceramento por crimes ligados a drogas deu um salto de aproximadamente 300% desde a promulgação da lei de drogas.
Conforme mencionado no capítulo anterior, a ausência de um critério objetivo para o procedimento de distinção entre o consumo próprio e o tráfico de drogas tem contribuído fundamentalmente com a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, pois, a condenação de usuários como se fossem traficantes ajuda a compreender um dos motivos que transformou o Brasil na terceira maior população prisional do planeta34.
Isto ocorre, pois, tal ausência, permite a atuação discricionária do por parte do sistema penal, principalmente quando é a polícia quem classifica a ação do indivíduo, e que em sua maioria será a única testemunha do fato, sendo peça chave para toda a persecução penal.

Portanto, a partir de um estudo descritivo documental da análise dos dados, levantamentos e estatísticas penitenciárias realizados pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ferramenta utilizada pela Secretaria Nacional de Políticas penais para coletar informações padronizadas e realizar um eficaz mapeamento do sistema penitenciário no Brasil, foi possível analisar o contingente de prisões em razão da lei de drogas.

34 World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research (ICPR), em Birkbeck, Universidade de Londres.

33 PILATI, Rachel Cardoso. Direito penal do inimigo e política criminal de drogas no brasil: discussão de modelos alternativos. 2011. 164 f. Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal De Santa Catarina.

32 WACQUANT, Loïc. As Prisões da Miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

16

3.1. POPULAÇÃO CARCERÁRIA ANTES E DEPOIS DA LEI DE DROGAS.

A Lei 11.343/2006, foi publicada em 24 de agosto de 2006, entrando em vigor a partir do dia 08 de outubro de 2006, revogando expressamente em seu artigo 75, as leis anteriores.

Art. 75. Revogam-se a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. (BRASIL, 2006) 35

Neste sentido, conforme demonstrado anteriormente, a nova lei de drogas trouxe circunstanciais mudanças às legislações anteriores.

Segundo dados extraídos através do último relatório da Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), o Brasil alcançou no segundo semestre de 2023 a marca de 857.999 pessoas em situação de cumprimento de pena, sendo 656.811 em celas físicas (sistema penitenciário e outras carceragens) bem como 201.188 pessoas em prisão domiciliar (com ou sem monitoramento eletrônico) somente no âmbito estadual.36

Por sua vez, no âmbito federal, verifica-se que a população em cumprimento de pena (sistema penitenciário e outras carceragens) consiste em 12.265 pessoas em celas físicas.

É importante ser observado que desde que passou a viger a lei de drogas em 2006, a população carcerária brasileira mais que dobrou, tendo em vista que no ano anterior, sob vigência da Lei nº 6.368/1976 a população carcerária consistia em 401.236 pessoas encarceradas. Ou seja, houve um considerável aumento de 456.763 pessoas privadas de sua liberdade.

Naturalmente, não se pode imputar este aumento considerável unicamente à nova Lei de Drogas, tendo em vista a existência das mais variadas condutas tipificadas no Código Penal. Contudo, não se pode ignorar a sua decisiva influência para a superlotação do sistema carcerário.

Neste sentido, a análise simples dos dados acima mencionados acerca da evolução da população carcerária brasileira entre o período de 2005 a 2023, é um tanto

36 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf

35 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.
17
quanto abstrata. Sendo assim, é importante observar a evolução das prisões especificamente por crimes relacionados à Lei de Drogas.
No 15º ciclo de coleta levantado pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), referente ao segundo semestre de 2023, verifica-se que pelo menos o contingente de 199.731 pessoas respondem por crimes relacionados a Lei de Drogas, sendo que destas, 168.021 respondem pelo crime de Tráfico de Drogas previsto no artigo 33, 25.529 pessoas foram enquadradas no crime de Associação ao Tráfico tipificado no artigo 35, bem como 6.181 pelo crime de Tráfico internacional de drogas previsto no artigo 40 da mesma lei.
Por sua vez, no ano de 2005, ano que antecede o início da vigência da nova lei de drogas, havia no brasil cerca de 31.520 presos pelo crime de Tráfico de entorpecentes e 1.360 pessoas presas pelo crime de tráficos internacional de entorpecentes, totalizando um total de 32.880 pessoas encarceradas37 em razão da aplicação da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.
Fonte: 15º Ciclo Sisdepen (2º semestre de 2023)
Neste sentido, podemos observar que houve um aumento de pelo menos 166.851 pessoas respondendo por crimes relacionados ao envolvimento com drogas ilícitas, o
37 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? InfoPen. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2005.pdf
18
equivalente a 507%. Verifica-se ainda que, até 2006, os presos por crimes relacionados às drogas correspondiam a aproximadamente 8% da população carcerária brasileira, ocorre que, hodiernamente, este percentual consiste em aproximadamente 25%.38
Portanto, é evidente que a aplicação da Lei 11.343/06 contribuiu de forma significativa para o aumento da população carcerária brasileira, uma vez que a falta de critérios quantitativos claros para diferenciar usuários de traficantes cedeu margem para uma atuação discricionária por parte da polícia e do judiciário, resultando em interpretações subjetivas, o que levou ao encarceramento em massa de usuários como se traficante fossem.

3.2 VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO POLICIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

Conforme exposto nos tópicos anteriores, o parágrafo 2º do artigo 28 da Lei de Drogas, concede margem de discricionariedade ao julgador para, após avaliação de caso concreto, definir se o entorpecente apreendido seria destinado ao uso pessoal ou pra fins de tráfico de drogas, principalmente, em razão da ausência de critérios objetivos que sirvam de parâmetro para que se constate esta diferença, tais como o estabelecimento de gramatura ou outra medida que possibilite a quantificação da droga.
Neste aspecto, conforme aponta o Relatório desenvolvido pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania CESeC (Relatório Um Tiro no Pé, 2021), diante do marcante perfil punitivista dos agentes de segurança pública, desde os policiais que

apreendem o indivíduo aos magistrados responsáveis pelo julgamento, ficar a critério da subjetividade do julgador quais são os fatores quantitativos para diferenciar a condição de usuário para traficante é abrir margem para a discricionariedade.
Ocorre que, esta discricionariedade não tem início quando do julgamento pelo magistrado competente, mas, na verdade, ela ocorre desde a apreensão pela autoridade policial que, conforme a seguir será demonstrado, tem papel determinante quanto a formação da decisão do juízo.
38 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf
19
Conforme Inácio e Bueno, não é plausível que o depoimento de um policial, assim como qualquer outra prova testemunhal de forma isolada, seja considerada prova satisfatória e suficiente para embasar a convicção do juízo para uma eventual condenação, tendo em vista que ?além de não ser neutra ou imparcial, ainda possui o agravante da possibilidade de distorção dos fatos de forma intencional?39.
Ocorre que geralmente os processos que envolvem a Lei de Drogas surgem em decorrência de prisões em flagrante efetuadas pelas autoridades policiais motivo pelo qual, nestes casos é o policial quem poderá narrar as circunstâncias da prisão, informar as características do local de abordagem e afirmar com quem estava a droga.
Portanto, conforme aduz Maria Goete40, o magistrado somente terá o contato com o fato objeto de investigação a partir da perspectiva da autoridade policial que realizou a abordagem e realizou a prisão, momento em que classifica a infração penal, de modo que a palavra do policial tem função determinante na formação do convencimento do magistrado.
Sob essa mesma linha argumentativa, argumenta Boiteux (2014):
Com tais critérios extremamente vagos, e de difícil aplicação, a distinção no caso concreto acaba sendo feita pela primeira autoridade que tem contato com o acusado, prevalecendo a visão subjetiva desta, sendo excessivamente ampla a discricionariedade concedida ao policial. (BOITEUX, 2014, p. 90)
Neste sentido, Luis Carlos Valois41, após análise de inquéritos policiais relacionados aos crimes da lei de drogas, nas capitais de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e também no Distrito Federal, argumenta que 74% das prisões em flagrante pelo crime de tráfico de drogas (Art. 33 da Lei 11.343/06) tem como testemunhas apenas os policiais que realizaram a abordagem.
Para consubstanciar a pesquisa acima mencionada, faz-se mister destacar pesquisa similar realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da Universidade de São Paulo (USP), através de estudo denominado ?Prisão Provisória e Lei de Drogas ? Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo?.
Da análise da pesquisa do NEV, verifica-se que chegou-se a percentual equivalente ao exposto por Valois, qual seja, em 74% das prisões em flagrante em razão
41 VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, p. 493, 2021.
40 JESUS, Maria Gorete Marques de. ?O Que Está no Mundo não Está nos Autos?: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. São Paulo: Tese (Doutorado em Sociologia)

? Universidade de São Paulo, 2015.
39 Mariana Secorun Inácio e Marina Manzoni Bueno, Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021, p. 24.
20
da lei drogas, a testemunha é apenas o policial que realizou o flagrante, acrescentando ainda que, por sua vez, em 26% dos dos casos as testemunhas são a própria autoridade policial mais testemunha civil.
Ademais, o estudo mencionado evidencia ainda que 91% destes processos cuja única prova é o testemunho policial terminam com a condenação do réu pelo crime de tráfico de drogas.
Noutro aspecto, é importante trazer à lume também o levantamento realizado pela Agência Pública, o qual evidencia que nos processos cuja apreensão de droga foi até 10 gramas, em aproximadamente 84% dos casos a única prova considerada irrefutável foram os depoimentos dos policiais que realizaram a apreensão.42
Ainda de acordo com este levantamento, verifica-se das decisões analisadas que nos processos cuja única testemunha são os policiais, houve o percentual de 59% de condenações ao passo que quando houveram testemunhas civis este percentual foi reduzido para 44 %.
Esta diferença também fica demonstrada no que diz respeito ao índice de absolvição, tendo em vista que quando houveram testemunhas civis o índice de absolvição consistiu no percentual de 21 %, ao passo que quando as testemunhas foram apenas policiais o índice de absolvição caiu para apenas 14 %.
Nesta senda, Alba Zaluar 43 afirma que o poder policial e judiciário tem-se posicionado na verdade numa caça aos usuários, e não aos grandes traficantes.
[...] seria melhor se as forças de polícia não fossem empregadas para caçar os consumidores de droga ou os pequenos negociantes, e atribuíssem muito mais seus recursos à repressão de grandes traficantes e de lavadores do dinheiro sujo (ZALUAR, 2007, p. 03).
Portanto, ante todo o exposto, a ausência de critérios objetivos que diferenciem as condutas previstas no art. 28 e no art. 33 da Lei 11.343/06, tem permitido que a palavra dos policiais tenha o papel mais importante nos processos desta natureza, de modo que no fim das contas é quem efetivamente tipifica a conduta praticada pelo sujeito no delito de tráfico de drogas.44
44 Mariana Secorun Inácio e Marina Manzoni Bueno, Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021.
43 ALBA ZALUAR. Democratização Inacabada: Fracasso da Segurança Pública, 2007.
42 DOMENICI, Thiago e BARCELOS, Iuri. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. Disponível em: Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo - Agência Pública. Acesso em: 22/04/2024.
21
4. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POLÍTICA DE DROGAS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RE 635.659.
O Supremo Tribunal Federal (STF), representa a instância superior do Poder Judiciário brasileiro, desempenhando uma função primordial na salvaguarda da ordem

jurídica e na preservação dos preceitos estabelecidos na Constituição Federal.
Sendo assim, como órgão guardião da Carta Magna, compete-lhe a missão precípua de assegurar a conformidade das leis e atos normativos infraconstitucionais com os ditames constitucionais, consubstanciando-se, portanto, como o bastião máximo da legalidade e da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro.
Assim, dispõe o caput do artigo 102 da Constituição de 1988:
Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
Neste sentido, conforme delineado nos capítulos anteriores, a aplicação da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) tem causado uma série de problemas no âmbito da segurança pública, sobretudo porque tem contribuído significativamente para a superlotação das prisões no Brasil, uma vez que parcela considerável da população carcerária encontra-se detida pela incidência no crime de tráfico de drogas, fato que quem tem agravado as condições já precárias do sistema prisional nacional.
Diante desta problemática, através do julgamento do Recurso Extraordinário (635.659), avalia-se a consonância, ou não, do artigo 28 da Lei 11.343/2006, que trata do porte de drogas para uso pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada sob pena de violação ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.
Este julgamento tem atraído significativa atenção devido às suas implicações na política de drogas, direitos individuais e segurança pública.
Para compreender o julgamento em sua integralidade, necessário se fez analisar os autos mediante acesso ao Supremo Tribunal Federal.
Defende-se a importância dessa metodologia de busca, pois ela facilita o acesso às informações essenciais para o entendimento e o acompanhamento desse julgamento, já que permite a localização mais precisa de documentos, incluindo decisões, acórdãos, votos dos ministros, despachos e pareceres.
Neste sentido, foi adotado esse meio de pesquisa também em razão da sua confiabilidade, pois, o site do STF é atualizado constantemente para refletir os últimos
22
acontecimentos e decisões relacionados ao RE 635659. Esta atualização contínua assegura que as informações disponíveis são sempre as mais recentes, permitindo que os usuários se mantenham informados sobre o progresso e os desdobramentos do caso.
Portanto este suporte de busca permite uma análise detalhada dos argumentos apresentados, das fundamentações jurídicas e das interpretações dos ministros.
4.1. PERCURSO METODOLÓGICO EMPREGADO PARA ANÁLISE DO JULGAMENTO
Para obter os resultados pretendidos, quais sejam, as informações preliminares, partes e decisões no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, necessário se fez adentrar ao sítio eletrônico do Supremo, mediante acesso ao link
https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145.
Em seguida, ao clicar na aba ?Processos? e digitar o número do processo originário (0018946-13.2009.8.26.0161), ou clicar na aba ?Repercussão Geral? e colocar o número do tema, neste caso o 506, somos imediatamente direcionados a

página onde temos acesso a todas as informações necessárias para o desenvolvimento deste trabalho.
A partir do acesso ao sítio eletrônico mencionado, podemos ter acesso às publicações durante o julgamento mediante acesso ao ?Diário da Justiça Eletrônico (Dje)?, a ?Jurisprudência? (reconhecimento da repercussão geral, publicada em 09/03/2012), bem como ao leading case que nos fornece as informações gerais do processo, e, por fim acesso às peças processuais, tais como pedidos de ingresso como Amicus Curiae, sustentação oral etc, bem como acesso ao despachos e decisões prolatadas, mediante acesso a aba ?Peças?.
Por sua vez, não foi possível obter acesso ao inteiro teor do votos de todos os ministros, uma vez que alguns votos ainda não foram disponibilizados. Neste sentido, buscando a íntegra/inteiro teor dos votos dos ministros, tendo em vista a escassez em outros meios de pesquisa, necessário se fez entrar em contato, através de e-mail, com a Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do Supremo Tribunal Federal, setor responsável pelas pesquisas judiciárias no âmbito do supremo.
Neste momento, obtive o seguinte esclarecimento: ?Informamos que o referido julgamento ainda não foi finalizado, conforme o andamento processual, o julgamento foi suspenso por motivo de pedido de vista, e os ministros que votaram, ainda não
23
disponibilizaram seus votos. Sendo assim, só conseguimos disponibilizar os votos, no final do julgamento, com a publicação do referido acórdão."
Diante disso, obtive acesso tão somente ao inteiro teor dos votos do ministros Alexandre de Moraes, do relator Gilmar Mendes, Luis Roberto Barroso, e do Fachin, não foi possível ter acesso ao inteiro teor de todos os ministros, motivo pelo qual se fez necessário buscar fontes jornalísticas confiáveis, bem como ouvir os votos disponibilizados em plataformas de audiovisual, tais como o canal oficial do Supremo Tribunal Federal no YouTube.
4.2. DESCRIÇÃO DO JULGAMENTO
O referido julgamento foi iniciado após a interposição de recurso em favor de um condenado por porte de 3g (gramas) de cannabis sativa (maconha) que o Recorrente alegava ser para consumo próprio. Ocorre que, diante da condenação, a Defensoria Pública do estado de São Paulo interpôs recurso sob a alegação da inconstitucionalidade do art. 28, em face da violação do art. 5º, X, da Constituição Federal.
Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988)
Assim, no decorrer do julgamento, explicou o ministro relator Gilmar Mendes45:
No caso em análise, o art. 28 é impugnado sob o enfoque de sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. Não se funda o recurso na natureza em si das medidas previstas no

referido artigo, mas, essencialmente, na vedação constitucional à criminalização de condutas que diriam respeito, tão somente, à esfera pessoal do agente incriminado. (2015, p. 3 e 40)

Em dezembro de 2011, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a existência de repercussão geral na questão em debate sobre a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas (STF, 2011), motivo pelo qual o Ministro Gilmar Mendes, sorteado relator do caso, destacou a relevância social do tema

45 MENDES, Gilmar Ferreira. RE 63659/SP. Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes proferido em 20/08/2015.

24

e defendeu a importância da Corte se manifestar para pacificar a questão da possibilidade de descriminalização do porte de drogas para consumo próprio.

O julgamento teve início no Plenário do Supremo Tribunal Federal em 19 de agosto de 2015, e foi suspenso em setembro do mesmo ano após o pedido de vista do Ministro Teori Zavascki.

FICHA TÉCNICA LEADING CASE INSTÂNCIA RELATOR PROC.
ORIGINÁRIO
RECURSO
EXTRAORDINÁRIO
635.659
STF GILMAR
MENDES
0018946-13.2009.8.
26.0161
TRAMITAÇÃO PROTOCOLO
DA AÇÃO
RECONHECIMENTO DA
REP. GERAL (TEMA 506)
STATUS ATUAL
22/02/2011 09/12/2011 EM JULGAMENTO

Fonte: Supremo Tribunal Federal.

Após o falecimento do Ministro Teori Zavascki, o processo foi redistribuído, e novos debates surgiram, especialmente com a mudança de composição do STF. E, desde então, dos 11 (onze) ministros que compõem a Suprema Corte, votaram apenas 8 (oito). Dentre estes, os ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Rosa Weber votaram de forma favorável ao afastamento da criminalização do porte de maconha para consumo próprio. Por sua vez, os ministros Cristiano Zanin Martins, Kássio Nunes Marques e André Mendonça posicionaram-se de forma oposta.

Dessa forma, até o momento, o julgamento registra um placar de 5 a 3, com maioria de votos para afastar a criminalização do porte de maconha para consumo próprio. Contudo, o processo encontra-se suspenso após pedido de vistas do Ministro Dias Toffoli, para melhor análise, portanto, além de seu voto, ainda votarão os ministros Luiz Fux e Cármen Lúcia.

Conforme supracitado, o tema em julgamento trata da constitucionalidade dos tipos penais do art. 28 da Lei 11.343/06, de modo que se discute a inexistência de lesividade na conduta de porte de droga para consumo pessoal e o exercício da
25
autonomia privada, a qual é constitucionalmente protegida pelo direito à vida íntima, não havendo, portanto, qualquer ofensa à tutela da saúde pública.
Portanto, o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635.659, em andamento no Supremo Tribunal Federal (STF), representa um marco significativo na interpretação e aplicação da legislação brasileira referente ao porte de drogas para uso pessoal, e, sua decisão poderá ser um importante passo no caminho para amortização dos efeitos desta política que tem se demonstrado ineficaz em seus objetivos.
4.3. OS VOTOS DOS MINISTROS
Conforme já demonstrado, o Ministro Gilmar Mendes é o relator do julgamento ora analisado. Ainda em 2015, o ministro votou a favor da descriminalização do porte de qualquer tipo de droga desde que para consumo pessoal (STF, 2015).
O ministro iniciou sua abordagem, prestando esclarecimentos, sob a ótica do princípio da proporcionalidade, acerca dos crimes de perigo abstrato e as políticas regulatórias no contexto da Lei de Drogas, notadamente em relação ao usuário.
Em seu voto, Mendes destacou que não existem estudos suficientes ou incontroversos que demonstrem que a proibição é o meio mais eficaz no combate ao tráfico de drogas, enfatizando ainda que, em que pese tenha sido aplicada esta política de drogas, frequentemente chamada de "Guerra às Drogas", o tráfico tem aumentado consideravelmente nas últimas décadas.
O relator, destacou a importância de definir uma distinção precisa entre tráfico de drogas e posse para consumo pessoal, sob o argumento de que esta é crucial para o destino da pessoa abordada, tendo em vista que ela pode ser presa por até quinze anos, se condenada por tráfico, ou permanecer livre, sujeita apenas a medidas transitórias previstas no artigo 28, sem repercussões penais, se classificada como usuária.
O ministro demonstrou extrema preocupação quanto à seletividade do sistema penal, com indicações de tratamento mais rigoroso para pessoas em situação de vulnerabilidade, especialmente os viciados, tendo em vista que a interpretação subjetiva dos fatos pode levar a decisões arbitrárias.
?Da mesma forma, a percepção geral é de que o tratamento criminal aos usuários de drogas alcança, em geral, pessoas em situação de fragilidade econômica, com mais dificuldade em superar as consequências de um processo penal e reorganizar suas vidas depois desqualificados como criminosos por condutas que não vão além de mera lesão pessoal.
26
Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional.? (MENDES, STF, 2015)
Argumenta ainda, noutro aspecto, que o consumo de qualquer substância é uma decisão estritamente privada, e qualquer dano decorrente disso afeta principalmente a

saúde do próprio usuário, motivo pelo qual proibir esse consumo é desrespeitar a decisão individual do ser de arriscar a própria saúde, afastando, portanto, a saúde pública como bem jurídico tutelado.
Neste sentido, vota pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, afastando, portanto, qualquer efeito penal no dispositivo. Porém, mantendo as medidas administrativas até nova legislação específica.
?Tendo em conta os resultados retratados na pesquisa sobre práticas integrativas, há pouco noticiada, afigura-se que a aplicação, no que couber, das medidas previstas no referido artigo, sem qualquer efeito de natureza penal, mostra-se solução apropriada, em caráter transitório, ao cumprimento dos objetivos da política nacional de drogas, até que sobrevenha legislação específica.? (MENDES, STF 2015)
É importante destacar ainda que, no decorrer do julgamento, após o voto de Alexandre de Moraes, o ministro relator reajustou seu voto no sentido de descriminalizar tão somente o porte de maconha.
Em seguida, o ministro Edson Fachin também manifestou seu voto nos termos do relator, Gilmar Mendes, se alinhando ao pensamento de que o consumo de drogas deve ser considerado como fato da autodeterminação individual, de modo que tal consumo diz respeito à intimidade e privacidade do indivíduo (STF, 2015).
Fachin destaca ainda que, o caso em análise envolve especificamente o porte de maconha, e, que por prudência judicial, a decisão do Supremo Tribunal Federal de descriminalizar o porte de drogas para consumo pessoal deve ser limitada a essa substância.
O ministro Fachin faz questão de destacar que, sob a sua ótica, os critérios ou parâmetros objetivos para diferenciar o traficante do usuário deve ser fixado tão somente pelo Congresso Nacional.
Por sua vez, o ministro Luís Roberto Barroso, assim como Gilmar Mendes e Edson Fachin, também destacou que a medida implica que o Estado não tem autoridade para interferir ou punir o porte de drogas para consumo pessoal (STF, 2015).
27
Ocorre que, faz questão de frisar que tal medida não é equivalente à legalização do consumo de qualquer droga ilícita, nem mesmo a maconha, embora reconheça a inconsistência de descriminalizar o consumo enquanto a produção e distribuição de drogas continuam sendo crimes.
Barroso, demonstrando notória preocupação com o encarceramento gradativo da população brasileira, fez questão de ressaltar as implicações da criminalização do porte de pequenas quantidades de maconha para o elevado número de prisões no Brasil, especialmente entre jovens negros. Argumentando ainda que, é fundamental estabelecer uma quantidade específica para diferenciar o usuário do traficante.
Para a determinação do critério quantitativo na distinção entre usuário e traficante, o Ministro Luís Roberto Barroso, cita critérios adotados em outros países como exemplos a serem considerados. O Ministro esclarece que no Uruguai é adotado o critério de 40 gramas, na Espanha o critério de 100 gramas e, em Portugal, o qual considera uma experiência de sucesso, 25 gramas.

Diante disso, baseando-se nestes modelos, Barroso estabelece um critério quantitativo de 25g como o limite para presumir o portador como usuário, argumentando que esta presunção é tão somente inicial, de modo que pode ser refutada pelo magistrado de acordo com as circunstâncias no caso concreto. Noutro aspecto, no que diz respeito ao cultivo de Cannabis para consumo próprio, o Ministro propõe um limite de até 6 plantas fêmeas.

Em sequência, o Ministro Alexandre de Moraes argumenta que a problemática na aplicação da lei diz respeito ao artigo 28 da Lei de Drogas, pois, em sua visão, tal disposição aumentou a discricionariedade tanto da autoridade policial quanto do Ministério Público e das autoridades judiciais.

Argumentou ainda que, com a nova lei, o que antes era classificado como usuário passou a ser rotulado como pequeno traficante, acarretando em penas mais severas, e superlotando o sistema carcerário.

Diante disso, o Moraes votou pela descriminalização do porte de maconha para uso pessoal, propondo que seja presumido usuário aquele que guarde, tenha, transporte ou traga consigo até 60 gramas de maconha, ou seis plantas fêmeas.

Argumentou com isto que essa presunção seria relativa, permitindo à autoridade policial considerar outros critérios que possam caracterizar o tráfico de entorpecentes, tais como, a forma de acondicionamento, a diversidade de entorpecentes encontrados
28
com a pessoa, e a apreensão de instrumentos, como balanças, cadernos de anotação e celulares.

Moraes esclarece ainda que estes critérios devem ser considerados durante a audiência de custódia, e, portanto, se o indivíduo estiver com quantidades inferiores às estabelecidas, a autoridade judicial deverá fundamentar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva com base em outros critérios que caracterizem o tráfico. Por outro lado, se a quantidade encontrada for superior à presumida para uso pessoal, a autoridade judicial deverá permitir que o indivíduo comprove que se trata de um usuário e não de um traficante.

No seu voto, a Ministra Rosa Weber também seguiu o entendimento do ministro relator, manifestando seu voto no sentido da descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, ajustando sua posição para que o julgamento se aplicasse exclusivamente ao porte de maconha, argumentando estar plenamente convencida de que é mais apropriado restringir o julgamento apenas a essa substância.

Weber, argumentou que, durante suas visitas nas unidades prisionais brasileiras, como presidente do Conselho Nacional de Justiça, pôde observar de perto a gravidade da situação de tais unidades e que a política de drogas ora aplicada tem contribuído de forma contundente para o agravamento desta situação.

Noutro aspecto, argumentou ainda que o consumo estritamente pessoal de drogas representa um risco à saúde individual do usuário e, portanto, deve ser tratado no âmbito das políticas públicas de saúde e reinserção social, em vez de ser abordado predominantemente pelo aparato penal do Estado.

Ancorada nestes argumentos, a Ministra aderiu ao critério estabelecido pelo Ministro Alexandre de Moraes para diferenciar usuários de traficantes, que é de até 60

gramas de maconha para ser classificado como porte pessoal. Neste sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso, originalmente propondo um limite de 25 gramas, demonstrou estar aberto a ajustar seu voto para se alinhar à maioria em relação à quantidade estabelecida.

O Ministro Cristiano Zanin Martins, primeiro a negar provimento ao Recurso, abriu a divergência no julgamento e votou contra a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343 sob o argumento de que isto poderia potencializar o problema do encarceramento, pois, sob a sua ótica, seriam removidos os únicos parâmetros legais disponíveis para distinguir entre o usuário e o traficante.

29

Neste sentido, o ministro votou pela constitucionalidade do referido artigo, notadamente chamando atenção pela manutenção do critério já existente no parágrafo 2º.

Contudo, em que pese tenha se posicionado de forma divergente, segue a maioria no no que diz respeito a quantidade de maconha a ser fixada como parâmetro orientador que sirva de limite para distinguir uso e tráfico, ou seja, 25 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, propondo a seguinte redação:

?1) É constitucional o artigo 28 da Lei 11.343.

2) Para além dos critérios estabelecidos no parágrafo 2º do artigo 28 da Lei 11.343 para diferenciar o usuário de maconha do traficante, o tribunal fixa, como parâmetro adicional, a quantia de 25 gramas ou seis plantas fêmeas para configuração de usuário da substância, com a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante fundamentação exauriente das autoridades".? (MARTINS, STF, 2023)

O Ministro André Mendonça adota uma posição cautelosa, argumentando que tal medida poderia ser interpretada como um aval para o consumo o que, potencialmente, acarretaria prejuízos à saúde pública.

Ademais, entende que a discussão sobre a descriminalização deve ocorrer dentro do poder legislativo, respeitando o devido processo democrático. Neste sentido, propõe que seja declarada a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas e seja estabelecido um prazo para o Congresso Nacional deliberar a temática e definir critérios objetivos para diferenciar o porte para consumo pessoal e para tráfico de drogas.

Noutro aspecto, propõe ainda que sejam caracterizados como usuários aqueles que portarem até 10g de maconha, o que acredita ser equivalente a 36 cigarros, até que o Congresso delibere sobre o assunto.

Por fim, o Ministro Kassio Nunes Marques, vota em posição alinhada com a visão de que a descriminalização do porte de maconha para uso pessoal deve ser uma decisão do Legislativo e não do Judiciário.

O Ministro destaca ainda que, em sua ótica, o consumo de drogas vai além do próprio usuário tendo em visto que afeta também a sociedade em geral e que, portanto, a manutenção da criminalização, conforme previsto no artigo 28, funciona como um fator inibitório tanto para o consumo quanto para o tráfico de entorpecentes.

Por fim, o ministro Dias Toffoli, pediu vista para examinar de forma mais minuciosa o processo antes de proferir seu voto e terá até 90 dias para explorar o

30
processo antes de devolvê-lo para Barroso. E, como supramencionado, após seu voto, ainda votarão os ministros Luís Fux e Cármen Lúcia.

5. IMPACTO DO JULGAMENTO DO RE 635.659 NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

A descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal está a um passo de se tornar realidade no Brasil, uma vez que, conforme exposto no capítulo anterior, cinco ministros já proferiram votos favoráveis à medida, motivo pelo qual resta apenas mais um voto favorável para que se forme a maioria.

Diante da iminente decisão favorável à descriminalização do porte de maconha para uso pessoal no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, torna-se fundamental considerar as consequências do afastamento da incidência do Direito Penal nesse contexto específico e quais as potenciais consequências para a sociedade.

Neste sentido, em se confirmando a descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal, bem como estabelecido um critério objetivo quantitativo que sirva de parâmetro limite para qualificar o usuário ou o traficante, quais seriam os impactos desta decisão, notadamente no âmbito do sistema carcerário brasileiro?

Inicialmente, o primeiro impacto seria no âmbito do poder judiciário brasileiro, uma vez que as pessoas apreendidas com drogas, dentro dos limites estabelecidos pelo supremo, não seriam mais presas ou processadas como se traficante fossem, desde que ausentes os outros elementos que denotem tráfico, tais como balança de precisão, arma, munição, anotações contábeis referentes ao comércio de substâncias ilícitas e etc.

Diante disso, levando em consideração a média de crescimento do número de presos e processados em razão da Lei de Drogas desde 2006, a medida indica uma possível redução no número de processos judiciais em trâmite no judiciário, uma vez que, em sua maioria, são presos com pouca quantidade de drogas. Para consubstanciar isto, Marcelo Semer46 aponta que aproximadamente 50% dos encarcerados foram presos por estar na posse de menos de 100 gramas de maconha ou 50 gramas de cocaína.

Cumpre destacar, portanto, que a quantidade de drogas apreendidas tem sido fundamental no enquadramento do agente como usuário ou traficante.

46 SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019, p. 285-286.

31

Ocorre que, mesmo fixado um novo parâmetro, não se pode falar em soltura automática dos presos ou medidas similares, uma vez que a quantidade de substância não é o único critério para caracterizar alguém como traficante.

Sendo assim, os detentos serão potencialmente impactados pelo julgamento, pois, uma vez que tais critérios serão meramente orientadores, devem buscar a jurisdição para solicitar uma revisão criminal, na qual suas penas serão reavaliadas à luz dos novos parâmetros e das circunstâncias específicas de seus casos, momento em que será decidido pela reclassificação, ou não, da conduta para consumo pessoal.

Por sua vez, à médio prazo, o impacto desta decisão atingiria o sistema carcerário brasileiro, uma vez que, superada a adoção dos critérios subjetivos transferidos à estrutura do Poder Judiciário para definir o usuário e o traficante, os quais

são fundamentados nas circunstâncias sociais e pessoais, localidade e condições em que se desenvolveu a ação, e adotados parâmetros quantitativos objetivos, evitando, assim, que o subjetivismo das autoridades gerem decisões contraditórias, a tendência é uma redução da superlotação carcerária.

Para consubstanciar isso, faz-se mister sublinear a perspectiva apresentada pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) em conjunto com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos do Ministérios de Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP), em torno do julgamento do crime de tráfico de drogas no judiciário brasileiro.

Os cenários analisados pelo IPEA e SENAD/MJSP, tiveram como base os critérios sugeridos em nota técnica do Instituto Igarapé colacionado aos autos em 2015, a qual pugna pela urgência de estabelecimento de parâmetros objetivos na distinção entre traficante e usuário, a partir dos quais os agentes públicos possam avaliar de forma mais precisa e justa.

A nota técnica do Instituto Igarapé, pelos especialistas que a subscrevem, destaca ainda que parâmetros propostos, e, eventualmente adotados pelo Supremo, tem natureza de presunção relativa, uma vez que julgador pode, desde que de forma fundamentada, desconsiderar tais critérios se os demais critérios legais apontarem para a condição de traficância.

De acordo com a referida nota técnica, para adotar esses parâmetros, foram consideradas as experiências internacionais, os padrões nacionais de consumo de drogas e a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal.

32

CENÁRIO 1 CENÁRIO 2 CENÁRIO 3

25 gramas 40 gramas 100 gramas

6 plantas fêmeas 10 plantas fêmeas 20 plantas fêmeas

Fonte: Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA)

A definição por algum destes critérios para distinguir usuários e traficantes pode atingir de forma significativa os casos em andamento, potencialmente resultando na reclassificação de alguns indivíduos que anteriormente eram considerados traficantes como simples usuários de drogas. Inclusive, para além da definição de gramatura, destaca-se a importância de definição da quantidade de plantas para cultivo, para evitar possíveis erros que levem ao enquadramento no inciso II do §1º do art. 33.

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.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

[...]

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; (BRASIL, 2006)
De acordo com o resultado final da pesquisa do IPEA, se adotados os critérios previstos no ?Cenário 1?, ou seja, gramatura no limite de 25 gramas ou 6 (seis) plantas fêmeas, conforme sugerido pelos ministros Cristiano Zanin Martins e Kássio Nunes Marques no durante o julgamento do RE 635.659, aproximadamente 27% dos presos condenados por tráfico de drogas, cuja a substância apreendida foi maconha, poderiam ter suas penas revistas para uma possível requalificação da condição de traficante para usuário.
33
Por sua vez, a adoção do critério proposto no ?Cenário 2?, o qual estipula o limite de 40 gramas de maconha ou 10 (dez) plantas fêmeas, poderia resultar na revisão das penas de aproximadamente 33% dos condenados. Em consonância a este cenário, os ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso propuseram um limite de 25 a 60 gramas, bem como o cultivo de até 6 plantas fêmeas, de modo que entre 27 e 40 % das penas podem ser revistas.
E, finalmente, se adotado o critério do ?Cenário 3?, cujo limite seria maior, na gramatura de 100 gramas de maconha ou 20 (vinte) plantas fêmeas, limite que chegou a ser proposto pelo ministro Luís Roberto Barroso, cerca de 48% dos condenados por tráfico poderiam ter suas penas revistas.
Vale destacar ainda que, o Ministro André Mendonça propôs o limite de até 10 gramas, o que, segundo Marcelo Semer, após denso estudo acerca do papel dos juízes no encarceramento47, representa aproximadamente 14% das prisões por porte de maconha.
Ademais, o estudo do Ipea, demonstra ainda que, para além da maconha, no caso da cocaína, pelo menos o percentual de 31% dos presos por tráfico poderia ter sua pena revista caso o Supremo fixasse um parâmetro de 10 gramas, bem como o percentual de 37% caso fosse fixado o limite de 15 gramas.
Sendo assim, o estudo projeta a possibilidade de reclassificar como porte para uso de drogas, aproximadamente, entre 27 e 48% das apreensões de cannabis e entre 31 e 37% das apreensões de cocaína.
Neste sentido, à luz do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, verifica-se que os critérios sugeridos pelos ministros estão, em sua maioria, em consonância aos critérios adotados pelo Ipea na realização de sua pesquisa.
Em tempo, é importante destacar ainda que o julgamento do Recurso Extraordinário 635.59 está em curso há aproximadamente 9 (nove) anos. E, esta morosidade na definição, pode ter contribuído para o aumento da população carcerária, conforme verifica-se dos dados extraídos através do SISDEPEN.
De acordo com os dados extraídos pelo SISDEPEN, observa-se no levantamento realizado no último semestre de 2014, ano que antecede o início do julgamento, que o Brasil tinha à época um contingente de 147.475 pessoas privadas de liberdade por crimes relacionados à lei de drogas.
47 SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019.
34

Ocorre que, diante da morosidade no julgamento, este contingente cresceu significativamente, alcançando a marca aproximada de 200.000 presos no segundo semestre de 2023, conforme 15º ciclo de coleta levantado pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ou seja, um aumento de aproximadamente 35%.

Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN - 15º ciclo de coleta).

Sendo assim, destaca-se que, levando em consideração os cenários apresentados pelo Ipea, este aumento poderia ter sido evitado se o julgamento já houvesse sido definido. Portanto, conforme argumenta Alexandre de Moraes48, a fixação de critérios mais objetivos para a distinção entre traficantes e usuários levariam a diminuição da discricionariedade policial no momento da realização do flagrante e, posteriormente, a discricionariedade do Ministério Público no momento da denúncia e a judicial na tipificação final da conduta, o que, consequentemente reduziria o número das prisões em razão da lei de drogas.

48 DE MORAES, Alexandre. RE 63659/SP. Voto do Ministro Alexandre de Moraes proferido em 02/08/2023, p. 25-27.

35

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou compreender os fundamentos da configuração da Lei 11.343/2006, bem como, ancorado em dados estatísticos, entender os reflexos da sua aplicação no sistema penitenciário brasileiro.

Para tanto, foi traçada uma perspectiva histórica acerca da utilização de substâncias psicoativas, bem como as origens da política proibicionista de drogas buscando entender suas causas e consequências. Sendo assim, foi possível vislumbrar que há milênios essa prática é utilizada pelas mais diversas culturas para os mais variados fins, sejam eles ritualísticos, religiosos ou de cunho pessoal.

Após isto, buscou-se compreender as raízes do proibicionismo no Brasil, momento em que observou-se que o proibicionismo foi alicerçado, notadamente por questões morais, econômicas e sociais, ou seja, embora criado sob o crivo da proteção da saúde pública, este argumento, na verdade, se mostra secundário.

Buscando compreender o impacto da Lei de Drogas no sistema carcerário brasileiro, foi realizada uma pesquisa do tipo documental com análise dos dados estatísticos do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN). Neste momento, através do levantamento realizado, observou-se que após o advento da lei de drogas, a população carcerária brasileira mais que dobrou, e, embora não se possa imputar este crescimento unicamente à Lei de Drogas, não se pode ignorar sua decisiva influência para que fossem atingidos estes números.

Conforme os dados levantados, o número de presos por crimes relacionados a drogas no Brasil sob a vigência da Lei nº 6.368/76 consistia no montante de 32.880 até o fim de 2005. Por sua vez, com o advento da Lei nº 11.343/06, Lei de Drogas em vigor, este número atingiu o contingente de 199.731 presos, portanto, verificamos um aumento de pelo menos 166.851 pessoas privadas de liberdade em razão desta lei, ou seja, um impactante aumento no percentual de aproximadamente 507%.

Por fim, foi analisado o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (Tema 506), buscando compreender os possíveis impactos da eminente decisão pelo Supremo Tribunal Federal que, descriminalizando ou não o porte para consumo pessoal da maconha, fixará um critério objetivo que servirá de parâmetro para auxiliar no julgamento dos crimes relacionados a drogas.

Conforme exposto, os critérios sugeridos pelos ministros variam do limite mais conservador de apenas 10 gramas de cannabis, para a gramatura mais liberal de 100

36

gramas, destacando ainda que, em sua maioria, os ministros sugeriram que seja fixado o parâmetro de 25 gramas ou 6 plantas fêmeas para cultivo.

Assim, após análise dos estudos realizadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) em conjunto com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos do Ministérios de Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP), foi possível chegar a conclusão de que se estabelecido um critério de 25 gramas de maconha ou 6 plantas fêmeas 27% dos presos por porte de maconha poderão ter suas penas revistas, se fixado um parâmetro de 40 gramas ou 10 plantas fêmeas este percentual seria de pelo menos 33%, e, por, fim, se fixado o parâmetro de 100 gramas, cerca de 48% dos presos poderiam pedir revisão criminal e ter suas penas revistas.

Conclui-se, portanto, que ante todo o exposto no decorrer deste trabalho, a Lei 11.343/06, teve papel decisivo no aumento da população carcerária brasileira. Principalmente porque, a ausência de critérios quantitativos claros para distinguir o usuário do traficante deixou lacunas legais que permitiram a atuação discricionária do poder público, notadamente pelos policiais e juízes.

A decisão do Supremo Tribunal em estabelecer um parâmetro objetivo para distinguir entre usuários e traficantes de drogas é uma medida importante, ainda que não resolva de imediato a problemática da superlotação carcerária. No entanto, essa decisão tem o potencial de conter o crescimento exponencial da população prisional, o que, por sua vez, poderá contribuir para a redução da superlotação ao longo do tempo.

37

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Marcelo Caetano Bittencourt Pizzani Ribeiro. Análise Crítica dos Impactos da Lei 11.343/06 nos Rumos do Encarceramento no Brasil. Fortaleza/CE, Vol. 11, Edição 231, 2023. Disponível em: http://dx.doi.org/10.35265/2236-6717-231-12510. Acesso em 23 jun. 2024

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659. Tema: Repercussão Geral 506. Recorrente: Francisco Benedito De Souza. Recorrido: Ministério Público Do Estado De São Paulo. Relator: Gilmar Mendes. Órgão De Origem: TJSP - 1º Colégio Recursal - Central São Paulo. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145. Acesso em 12 mai. 2024.

_____. Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915. Promulga a Convenção Internacional do Ópio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assinados na Haya. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 3597. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D11481.html. Acesso em: 16 jun. 2024
_____. Decreto nº 4.294, de 06 de julho de 1921. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 13407. Disponível em:https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-publicacaooriginal-92525-pl.html. Acesso em 16 jun. 2024
_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 23911. Coleção de Leis do Brasil - 194 0, Página 187 Vol.7. 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: 14 jun. 2024
_____. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 out. 1976. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6368-21-outubro-1976-357249-norma-pl.html. Acesso em: 10 mai. 2024
_____. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2
BASILIO, Adriene Jayme. A Guerra Contra As Drogas E A Superlotação Carcerária No Brasil. 2022. 62 f. Monografia. Pontifícia Universidade Católica De Goiás, Goiás, 2022.
BLOCK, Walter. Drug prohibition: a legal and economic analysis. Journal of Business Ethics, Worcester, v. 12, p. 689-700, set. 1993.
BOITEUX, Luciana. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade. 273 f. Tese (doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em:
38
https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf Acesso em: 12 mai. 2024.
_____, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), 2014. p. 92.
CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.
COFFI, Pedro Pasquotto. A ausência de critérios objetivos na lei 11.343/2006. 2018. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Penal e Criminologia. Porto Alegre. 2018, P. 37.
DE MELO, Michel Cícero M. Acórdãos, Objetos e Territórios: Tráfico de drogas e associação para o tráfico nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 2020. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.
DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de

Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf. Acesso em: 27 mai. 2024

DOMENICI, Thiago e BARCELOS, Iuri. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. Disponível em: Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo - Agência Pública.

ESCOHOTADO, Antônio. História General de Las Drogas. 3. ed. rev. aum. Madri: Alianza, 1995. 3 v

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf. Acesso em: 12/04/2024. Acesso em: 30 mai. 2024.

JESUS, Maria Gorete Marques de. ?O Que Está no Mundo não Está nos Autos?: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. São Paulo: Tese (Doutorado em Sociologia) ? Universidade de São Paulo, 2015.

KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013. Disponível em: http://dspace/xmlui/bitstream/item/6937/PDIexibepdf.pdf?sequence=1. Acesso em: 11/11/2024

39

LABATE, Beatriz Caiuby. Viagem ao centro do Iboga. Publicado em: http://www.terramistica.com.br/index.php?add=Artigos&file=article&sid=56&ch=4. Acesso em: 16 de jun. 2024

INÁCIO, Mariana Secorun; BUENO, Marina Manzoni. Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021.

PAIS, T.A. ?Drug Profiling: O caso da Heroína?. 2011. 92 f. Dissertação apresentada para provas de Mestrado em Química Forense, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.

PILATI, Rachel Cardoso. Direito Penal do Inimigo e Política Criminal de Drogas no Brasil: Discussão de Modelos Alternativos. 2011. 164 f. (Dissertação) Universidade Federal de Santa Catarina.

RAMOS, Alex Agra. Dispositivo autocrático de segurança: violência policial e dominação burguesa no Brasil. Salvador, 2020.

Relatório um tiro no pé: impactos da proibição das drogas no orçamento do sistema de justiça criminal do Rio de Janeiro e São Paulo. Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC). Disponível em: https://drogasquantocustaproibir.com.br/. Acesso em 16 mai. 2024

Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas. 2011. Disponível em: http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2017/10/GCDP_WaronDrugs_PT.pdf. Acesso em: 20 abr. 2024

RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014
SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019.
VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, 2021.
WACQUANT, Loïc. As Prisões da Miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research (ICPR), em Birkbeck, Universidade de Londres. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/ Acesso em: 14 mai. 2024
ZALUAR, Alba. Democratização inacabada: fracasso da segurança pública. Estudos Avançados, 2007. 21(61), 31?49. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0103-40142007000300003. Acesso em: 24 abr. 2024

==========

Arquivo 1: TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf (9878 termos)
Arquivo 2: https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10867208/artigo-33-da-lei-n-11343-de-23-de-agosto-de-2006 (835 termos)
Termos comuns: 111
Similaridade: 1,04%
O texto abaixo é o conteúdo do documento TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf (9878 termos)
Os termos em vermelho foram encontrados no documento https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10867208/artigo-33-da-lei-n-11343-de-23-de-agosto-de-2006 (835 termos)

==========

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
GRADUAÇÃO EM DIREITO
JOÃO VICTOR DE MATOS SILVA
POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL:
O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA
POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
Salvador
2024
JOÃO VICTOR DE MATOS SILVA
POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL:
O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA
POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
Artigo apresentado ao Curso de
Graduação da Universidade Católica
do Salvador, como requisito parcial
para a obtenção do Título de Graduado
em Direito.
Orientador: Alan Roque Souza de
Araujo.
Salvador
2024
3POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL: O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
João Victor de Matos Silva1
Alan Roque Souza De Araujo2
RESUMO: A utilização de substâncias psicoativas é uma realidade que pode ser observada há milênios em diferentes civilizações e para os mais diversos fins, sejam estes, de cunho personalíssimo, ritualístico, religioso, terapêutico e/ou medicinais. Em contrapartida, vislumbra-se também que ao longo do tempo estas substâncias,

popularmente conhecidas como drogas, passaram a ser combatidas pelo Estado, geralmente por meio do aparelho repressivo estatal, que, contudo, não tem sido exitoso em seus objetivos. Neste sentido, diante da evidente ineficácia estatal, que tem contribuído para a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, conforme análise dos dados pesquisados, é importante reavaliar estratégias para enfrentar os problemas causados pelo comércio ilícito de drogas, e, neste aspecto, busca-se compreender como o julgamento do Recurso extraordinário 635.659 pode impactar na população carcerária brasileira.

PALAVRAS CHAVE: Proibicionismo. Drogas. Encarceramento. Seletividade Penal. Recurso Extraordinário 635.659.

ABSTRACT: The use of psychoactive substances is a reality that can be observed for millennia in different civilizations and for the most diverse purposes, be they very personal, ritualistic, religious, therapeutic and/or medicinal. On the other hand, it can also be seen that over time these substances, popularly known as drugs, have come to be combated by the state, usually through the state's repressive apparatus, which, however, has not been successful in its objectives. In this sense, given the obvious inefficiency of the state, which has contributed to the overcrowding of the Brazilian prison system, according to an analysis of the data researched, it is important to re-evaluate strategies to tackle the problems caused by the illicit drug trade, and in this regard, we seek to understand how the judgment of Extraordinary Appeal 635.659 may impact on the Brazilian prison population.

KEYWORDS: Prohibitionism. Drugs. Imprisonment. Criminal Selectivity. Extraordinary Appeal 635.659.

2 Professor universitário. Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista Internacional em Segurança Pública pela UNEB e Universitá Degli Studi di Padova. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Cairu. Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Superior (UNYAHNA).

1 Graduando no curso de Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). E-mail: joaovm.silva@ucsal.edu.br

4SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. DA POLÍTICA DE DROGAS ADOTADA NO BRASIL: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA 2.1 O PROIBICIONISMO NO BRASIL E A LEI 11.343/2006 2.2. A PROBLEMÁTICA DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS: COMO DISTINGUIR USUÁRIO DE TRAFICANTE 3. ANÁLISE DOCUMENTAL DO SISDEPEN: IMPACTO DA LEI DE DROGAS PARA A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO 3.1 POPULAÇÃO CARCERÁRIA ANTES E DEPOIS DA LEI DE DROGAS. 3.2 VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO POLICIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS 4. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POLÍTICA DE DROGAS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RE 635.659 4.1 PERCURSO METODOLÓGICO EMPREGADO PARA ANÁLISE DO JULGAMENTO 4.2 DESCRIÇÃO DO JULGAMENTO 4.3 OS VOTOS DOS MINISTROS 5. IMPACTO DO JULGAMENTO DO RE 635.659 NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho buscou compreender a configuração da Lei de Drogas sancionada em 2006 (Lei 11.343/2006), e, notadamente, quais são os seus reflexos no sistema penitenciário brasileiro.

É possível observar que, desde o início da vigência da Lei 11.343/2006, o número de pessoas privadas de liberdade em razão da Lei de Drogas, de forma provisória ou definitiva, teve um vertiginoso aumento, fator que contribuiu essencialmente para a superlotação do sistema carcerário. Prova disso, é que o Brasil tem hoje a terceira maior população carcerária do mundo, e, segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023)3, o encarceramento por crimes ligados a drogas deu um salto de aproximadamente 300% desde a promulgação da referida lei.

Um dos fatores para esse aumento, consiste na ausência de determinação no dispositivo legal de uma característica mais objetiva, como a gramatura ou quantidade que sirva de limite para distinguir o porte para consumo do tráfico de drogas, conforme aponta Pedro Pasquotto Coffi.4

Embora a quantidade não seja o único fator considerado para configurar a prisão por tráfico de drogas, a ausência de critério quantitativo tem contribuído significativamente para a prisão de usuários como se traficantes fossem, em razão da

4 COFFI, Pedro Pasquotto. A ausência de critérios objetivos na lei 11.343/2006. 2018. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Penal e Criminologia. Porto Alegre. 2018, P. 37.

3 Anuário Brasileiro de Segurança Pública / Fórum Brasileiro de Segurança Pública. ? 1 (2006) -. ? São Paulo: FBSP, 2023. 357 p.: il.

5seletividade penal no sistema de segurança pública brasileiro. Sendo assim, nas palavras de Luís Carlos Valois, tem sido fator importante na superlotação do já precário e abandonado sistema penitenciário5, sendo causa de rebeliões, mortes e violências de todas as espécies.

Diante disso, através do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (Tema de Repercussão Geral nº 506), que questiona a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, se discute no Supremo Tribunal Federal a necessidade do estabelecimento de critérios menos discricionários para, nas palavras do Ministro Alexandre de Moraes, ?evitar que uma mesma conduta, dependendo do local, condição social da pessoa ou outros elementos, possa ser definida como tráfico ou como posse para uso pessoal? 6.

Neste sentido, ainda segundo Moraes (2023)7, é importante que sejam estabelecidos critérios mais objetivos para a distinção entre traficantes e usuários, para que assim seja possível reduzir a discricionariedade policial quando do flagrante, bem como do Ministério Público quando da denúncia e da justiça quando da tipificação final da conduta.

Nesta senda, o problema de pesquisa que se busca responder com o presente artigo é como o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pode impactar na população carcerária brasileira. Defende-se, portanto, a importância desta pesquisa pois, a aplicação da Lei de Drogas (Lei 11.342/2006), tem se mostrado ineficaz para com os seus objetivos, tendo em vista que a ausência de um critério objetivo para distinguir o tráfico de drogas para o porte de droga para consumo pessoal, conforme Moraes (2023)

tem dado margem para a discricionariedade policial e, com isso, tem sido responsável por um elevado número de prisões discricionárias.
Portanto, ante à obsoleta política criminal de drogas, a presente discussão se mostra essencial para a busca de um modelo alternativo de política de drogas que não seja orientado pelo paradigma proibicionista e repressivo e que tenha como escopo a busca pela redução das prisões por crimes relacionados a drogas.
Neste sentido, este trabalho terá como objetivo mais amplo identificar o impacto da política de combate às drogas adotadas no Brasil para o superencarceramento e como
7 DE MORAES, Alexandre. RE 63659/SP. Voto do Ministro Alexandre de Moraes proferido em 02/08/2023.
6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659 ? São Paulo. Repercussão geral nº 506 no Recurso Extraordinário.
5 VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, 2021, p.453.
6o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pode impactar na redução destas prisões.
Deste modo, para encontrar uma resposta ao problema de pesquisa proposto, foi necessário compreender alguns aspectos que foram subdivididos em 5 (cinco) capítulos.
Inicialmente, fez-se necessário buscar entender a gênese da política proibicionista de combate às drogas para que assim fosse possível compreender a construção da Lei 11.342/2006, bem como os seus reflexos na sociedade brasileira.
No capítulo seguinte buscou-se entender a importância do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na amortização do superencarceramento causado pela lei de drogas, através de análise dos votos dos ministros e a projeção do impacto da iminente decisão.
Em seguida, para demonstrar o crescimento da população carcerária brasileira, realizou-se uma comparação entre a população carcerária brasileira incidentes nos artigos da lei de drogas desde o início da sua vigência aos dias atuais. Neste sentido, buscou-se analisar dados, levantamentos e estatísticas penitenciárias realizados pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ferramenta utilizada pela Secretaria Nacional de Políticas penais para coletar informações padronizadas e realizar um eficaz mapeamento do sistema penitenciário no Brasil.
A metodologia utilizada foi a pesquisa qualitativa do tipo documental, tendo em vista que para mensurar estatisticamente o aumento gradativo da população carcerária brasileira por crimes relacionados a drogas, foi realizado a análise dos dados e relatórios extraídos pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), bem como pesquisa bibliográfica através de autores de referência mediante suas obras extraídas de repositórios acadêmicos como o repositório institucional da Universidade de São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, bem como periódicos como Scielo e Google Acadêmico.
Nesta senda, cumpre destacar que esta pesquisa não buscou deliberar acerca do processo legislativo que produziu a Lei 11.243/2006, tampouco buscou analisar a lei de drogas sob o crivo do processo penal, mas investigar as possíveis relações entre a Lei de Drogas e o aumento do encarceramento brasileiro, tomando como referência dados

extraídos através do SISDEPEN.

72. DA POLÍTICA DE DROGAS ADOTADA NO BRASIL: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOMODELO PROIBICIONISTA.

A utilização de substâncias psicoativas, usualmente chamadas de drogas, não é uma exclusividade da modernidade. É possível observar, historicamente, que há milênios substâncias entorpecentes são utilizadas pelas mais diversas sociedades para fins de cunho personalíssimo, ritualístico, religioso, terapêutico e/ou medicinais.8

Exemplo disso é que, conforme demonstrado por Beatriz Labate, há cerca de cinco milênios, a tribo Pigmeu, habitante na África Central, ao observar como agiam os javalis que se alimentavam de determinado arbusto nativo daquela região, o Tabernanthe iboga, acabaram descobrindo as propriedades alucinógenas geradas através consumo da referida planta, motivo pelo qual passaram a consumi-la sob a lógica do entorpecimento9.

Não obstante, conforme registros deixados em papiros mesopotâmicos, verifica-se que a utilização de opioides e opiáceos na antiga Mesopotâmia era uma prática realizada há cerca de oito milênios. Inclusive, é possível observar que drogas consideradas atualmente como mais pesadas tais quais o ópio, heroína e a morfina, antes de terem sido classificadas como drogas de caráter ilícito, foram amplamente utilizadas pela medicina como alternativa para tratar de alguns problemas na saúde como a dor.10

Sendo assim, Pablo Ornelas Rosa11, aponta que não se trata, obviamente, de um fenômeno hodierno, mas de uma questão milenar que ultrapassa gerações. Portanto, para compreender como se originaram as políticas proibicionistas a nível global e a nível nacional, é indispensável entender como as sociedades mais remotas se comportavam diante destas substâncias.

Desde que passaram a ser utilizadas para fins psicotrópicos, aduz Salo de Carvalho, as drogas passaram a ser objeto de controvérsias e, consequentemente, combatidas pelo Estado.12

12 CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

11 ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014

10 ARAÚJO, Frederico Fonseca Casagrande de. Drogas: Uma análise histórica, social e contextual das políticas proibicionistas e de seus impactos sociais. Monografia. Curso de Direito. Faculdade Vale do Cricaré, São Matheus. 2018, p. 15.

9 LABATE, Beatriz Caiuby. Viagem ao centro do Iboga. 2001.

8 ARAÚJO, Frederico Fonseca Casagrande de. Drogas: Uma análise histórica, social e contextual das políticas proibicionistas e de seus impactos sociais. Monografia. Curso de Direito. Faculdade Vale do Cricaré, São Matheus. 2018, p. 14.

8Historicamente, é possível observar nas civilizações ocidentais e orientais algumas medidas proibitivas adotadas na primeira metade do século XIX. Neste sentido, as primeiras medidas restritivas ao consumo e comércio de drogas adotadas no ocidente, conforme Baesso (2013), citado por Araújo (2018), ocorreram após a revolução industrial, principalmente a partir do desenvolvimento da indústria farmacêutica.

Por sua vez, outro momento histórico que permite entender uma nova ordem internacional em torno da política proibicionista de drogas, desta vez no oriente, é a

famigerada Guerra do Ópio travada entre China e Reino Unido.13
Escohotado14 argumenta que a China, ainda na primeira metade do século XIX, adotou uma série de medidas proibitivas contra o comércio do ópio, inclusive, confiscando e destruindo centenas de carregamentos de navios ingleses, maiores exportadores de ópio para a China, o que levou a Inglaterra a invadir a China para garantir a continuidade do comércio de ópio na região.
Ocorre que, o combate mais incisivo contra a produção, comércio e até ao consumo para fins recreativos destas substâncias psicoativas veio tomar proporções globais, quando da adoção de políticas mais severas adotadas pelos Estados Unidos da América.
De acordo com Souza e Calvete (2017)15 uma das principais razões da proibição de psicotrópicos na cultura norte americana, foi a forte influência da ética protestantista, a partir da premissa de que o descontrole e a irresponsabilidade não poderiam ser tolerados, e, portanto, a utilização de substâncias psicoativas deveria ser veementemente combatida, o que demonstra que tais políticas foram influenciadas pelo crivo da moralidade.
Nesta mesma linha, conforme aponta Pablo Ornelas Rosa16, as primeiras medidas proibitivas adotadas pelos Estados Unidos da América na segunda metade do século XIX, foram fundadas em conotações xenófobas e repressivas. Ainda segundo Rosa, esta política era direcionada ao combate ao ópio era amplamente utilizado por imigrantes chineses.
16 ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014.
15 CALVETE, Cássio da Silva; SOUZA, Taciana Santos. História e formação do mercado das drogas. Revista de Economia, v.41, n. 76, p. 401-429, Universidade Federal do Paraná, 2020.
14 ESCOHOTADO, Antônio. História General de Las Drogas. 3. ed. rev.aum. Madri: Alianza, 1995. 3 v
13 RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
9[...] possível constatar a conotação explicitamente racista, xenófoba e repressiva, que provavelmente tem sua procedência no Decreto de Expulsão de Chineses de 1882. Esta lei procurou não somente estigmatizar, mas também criminalizar os chineses que naquele momento eram considerados os grandes consumidores de ópio, tratados, a partir daquele episódio da história, como agressores da cultura e da moral estadunidense. (ROSA, 2014, p. 283)
Já no século XX, as políticas repressivas atinentes ao controle das drogas são munidas de um caráter belicista, principalmente quando da realização da Convenção Única sobre Entorpecentes da ONU em 1961 onde foram fincadas as bases legais da política internacional de guerra às drogas.
Neste sentido, conforme aponta Pilati 17, embora já houvesse uma política de drogas pautada pelo proibicionismo, um marco repressivo foi o governo de Richard Nixon que em 1971 pronunciou-se à população declarando que as drogas eram o inimigo número um dos Estados Unidos da América, declarando o início a uma verdadeira corrida antidrogas.
Neste sentido, atualmente, a temática abordada é regulamentada em sede

internacional a partir dos seguintes acordos internacionais: A Convenção Única da ONU sobre Entorpecentes de 1961, a Convenção da ONU sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e a Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, os quais preveem medidas para a erradicação do tráfico sob a ótica proibicionista.

2.1. O PROIBICIONISMO NO BRASIL E A LEI 11.343/2006

Neste aspecto, é importante compreender a construção do modelo de combate às drogas adotado no Brasil, notadamente a ótica da legislação proibicionista (Lei 11.343/06) que orienta o judiciário e os demais poderes.

No Brasil, há registros de medidas proibitivas, ainda que esparsas, desde a época colonial. Conforme aponta Salo de Carvalho, a incriminação do porte, do comércio ou do uso de determinadas substâncias tóxicas aparecem já nas Ordenações Filipinas no século XVII.18

18 CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

17 PILATI, Rachel Cardoso. Direito Penal Do Inimigo E Política Criminal De Drogas No Brasil: Discussão De Modelos Alternativos. 2011. 164 f. (Dissertação) Universidade Federal de Santa Catarina.

10

No início do século XX, sob influência internacional, que discutia a regulamentação do consumo e comércio do ópio, o Brasil adotou medidas restritivas com o escopo de impedir o uso indiscriminado do ópio e seus derivados, bem como outras substâncias químicas e orgânicas, através do Decreto nº 11.481, aprovado em 1915.19

Contudo, somente na década seguinte, é que foi editado pelo então presidente Epitácio Pessoa um decreto que estabeleceu medidas específicas relacionadas ao comércio de drogas, indicando as penalidades e procedimentos.20

Embora o Código Penal Republicano já tivesse disposição expressa acerca da proibição de determinadas substâncias tóxicas, Maria Lúcia Karam,21 aponta que a criminalização de condutas como a produção, distribuição e consumo de drogas que tornaram-se ilícitas de fato somente ocorreu com o advento das leis penais de 1932, que através do artigo 25, estabeleceu as condutas que configurariam tráfico de drogas instituindo penas privativas de liberdade de uma a cinco anos e multa.

Em seguida, houve a sistematização destas sanções a partir da edição do Código Penal de 194022, sob a ditadura do Estado Novo, prevendo a criminalização do tráfico e também da posse de substâncias entorpecentes.

Verifica-se que, em consonância às experiências internacionais, notadamente norte americana, observa-se que as origens proibicionistas brasileiras se dão em razão de questões não científicas. Nesta linha, inclusive, Moraes (2023) destaca que a proibição da maconha no Brasil, de forma similar aos Estados Unidos, no início do século XX, se deu baseada em questões morais.

A Lei 6.368/76, conhecida por Lei de Tóxicos23, estabeleceu medidas rigorosas para o controle e a repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes, além de prever tratamentos para dependentes químicos.

23 BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de repressão ao tráfico ilícito e

uso indevido de substâncias entorpecentes. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 out. 1976.
22 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 23911. Coleção de Leis do Brasil - 194 0, Página 187 Vol.7.
21 KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013
20BRASIL. Decreto nº 4.294, de 06 de julho de 1921. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 13407.
19BRASIL. Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915. Promulga a Convenção Internacional do Ópio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assinados na Haya. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 3597.
11
Sob a vigência desta lei, o uso ou porte de drogas para consumo pessoal era considerado um delito penal, de modo que previa pena de detenção de 6 meses a dois anos. E, por sua vez, impunha penas significativamente mais severas ao delito de tráfico de drogas, de modo que os traficantes estavam sujeitos a penas mais longas que iam de 3 a 15 anos de reclusão, além de condenação ao pagamento de multas, cujo valor variava conforme o caso específico.
Por fim, no ano de 2006 foi configurada a atual Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), que buscando compatibilizar as disposições normativas que a antecedem, prescreveu medidas que preveem a reinserção social dos usuários/dependentes químicos, bem como medidas preventivas voltadas para o controle do uso indiscriminado destas substâncias.
Outro aspecto da referida lei, é que ela traz em seu bojo um avanço no que diz respeito ao reconhecimento da diferença entre o usuário e o traficante, que doravante passaram a ser enquadrados em dispositivos diferentes.
A nova lei de drogas retirou a pena de prisão da posse de drogas para consumo próprio, porém, manteve a sua utilização como crime. O artigo 28 da referida lei, define como usuário aquele que ?adquire, guarda, tem depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar?.24
Neste caso, são previstos 3 (três) tipos sancionatórios (1) a advertência sobre os efeitos das drogas pelo juiz, (2) a prestação de serviços à comunidade num prazo máximo de 5 (cinco) anos que pode ser elevado para 10 (dez) em caso de reincidência, e, por fim, (3) a obrigatoriedade de frequentar um curso educativo sobre as drogas.
Por sua vez, a comercialização destas substâncias continua sendo tipificada como crime, possuindo uma pena máxima de 15 (quinze) anos. Esta previsão está disposta no artigo 33 da Lei de Drogas que caracteriza o traficante aquele que ?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.?25
25 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.
24 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.
12

Portanto, verifica-se que embora a legislação tenha buscado tratar o fenômeno do controle das drogas a partir de uma lógica mais humana ao retirar a privação da liberdade para os usuários, tem causado efeito diverso daquele pretendido, tendo em vista que tem contribuído fundamentalmente com o aumento do sistema carcerário brasileiro.26

Neste mesmo sentido, argumenta Marcelo Caetano Bittencourt Pizzani Ribeiro de Andrade:

Em face do exposto no presente artigo, portanto, é inegável que o crescimento exponencial do aprisionamento no Brasil guarda estreita relação com a maneira que os atores do sistema de justiça criminal costumam aplicar os dispositivos sancionadores trazidos pela Lei nº 11.343/2006. (ANDRADE, 2023, p.13)

Portanto, além de não proteger a tutela da saúde coletiva, conforme proposto, o encarceramento causado com a sua aplicação tem desrespeitado constantemente a premissa constitucional da dignidade da pessoa humana.

2.2. A PROBLEMÁTICA DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS: COMO DISTINGUIR USUÁRIO DE TRAFICANTE?

Como dito no tópico anterior, em substituição a Lei 6.368/76, a legislação brasileira sobre drogas foi disciplinada pela Lei 11.343/2006 e trouxe em seu bojo, dentre outras alterações, uma inovação: distinção entre usuário e traficante. Com isto, a nova lei de drogas, introduziu mudanças substanciais no tratamento dispensado aos usuários e aos traficantes de drogas de modo que, enquanto impõe ao usuário um tratamento mais sutil, por considerar delito de ínfimo potencial ofensivo, passa a tratar o traficante de drogas com mais severidade.

O artigo 33 da lei de drogas define como traficante aquele que ?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?, impondo uma pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

26 BASÍLIO, Adriene Jayme. A Guerra Contra As Drogas E A Superlotação Carcerária No Brasil. 2022. 62 f. Monografia. Pontifícia Universidade Católica De Goiás, Goiás, 2022.

13

Por sua vez, a definição de usuário pode ser extraída da leitura do artigo 28 da lei de drogas, a qual dispõe que o usuário é aquele que ?adquire, guarda, tem depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar?.

Contudo, da redação do § 2 do mesmo artigo, verifica-se que cabe ao julgador avaliar se a droga encontrada com o indivíduo se destinava ao uso pessoal, e que, para tanto, deverá levar em consideração aspectos como 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.

Assim prevê o artigo 28 da lei 11.343/2006.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer 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. (BRASIL, 2006)

Da leitura do artigo supramencionado verifica-se que não há um parâmetro preciso de gramatura ou outra medida que permita quantificar o que diferencia o porte de droga para consumo pessoal do tráfico de drogas e sim, critérios pouco objetivos. Ocorre que, diante do marcante perfil punitivista dos agentes de segurança pública, desde os policiais que apreendem o indivíduo aos magistrados responsáveis pelo julgamento, ficar a critério da subjetividade do julgador quais são os fatores para diferenciar a condição de usuário para traficante é abrir margem para a discricionariedade.

Neste mesmo sentido, assim argumenta Luciana Boiteux 27.

Assim, o sistema brasileiro de controle de drogas atua de forma seletiva e autoritária, pois não limita o poder punitivo, pelo contrário, deixa de estabelecer limites e contornos diferenciadores exatos para as figuras do usuário, do pequeno, médio e grande traficante, e atribui às autoridades, no caso concreto, ampla margem de discricionariedade, o que acarreta uma aplicação injusta da lei. (BOITEUX, 2014, p. 92)

Neste aspecto, embora a lei preceitue que caberá ao juiz, baseado nas circunstâncias da prisão, diferenciar o usuário do traficante, na prática o que se vê é que

27 BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), 2014. p. 92.

esta distinção tem início desde a abordagem da polícia que, geralmente, é a única testemunha do fato, e, tendo em vista que sua palavra goza de presunção de veracidade e de presunção de legitimidade28, é peça fundamental na justificativa para as prisões.29

Neste sentido, Alex Agra Ramos30, chama atenção para o caráter racista e discriminatório do sistema de segurança pública no sentido de que o verdadeiro critério na distinção entre o traficante e o jovem usuário consiste na discriminação.

A diferença entre um traficante e um jovem é dada pelo critério racial e com ele, a diferença entre a vida matável e a vida ser preservada. O crime a ser combatido pouco importa, porque não se combate o crime, se combate aquele que é identificado como criminoso, se combate o inimigo. (RAMOS, p. 269, 2020)

Neste sentido, é importante que seja determinado um parâmetro mais objetivo capaz de distinguir consumo pessoal do tráfico de drogas, tendo em vista que, embora este critério não seja o único e determinante, conforme argumenta Alexandre de Moraes (2023), ?a ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na

medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes?.
Portanto, a ausência de um critério mais objetivo, que estabeleça uma quantidade de droga que sirva de parâmetro para o juiz analisar a prisão, tem se mostrado um grave problema de segurança pública, e tem contribuído fundamentalmente com a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, conforme será demonstrado nos capítulos subsequentes.
Neste sentido, Boiteux 31 aduz que:
[...] A atual política criminal de drogas no Brasil é um dos fatores que mais contribuíram para o agravamento da população carcerária. (Boiteux, 2006, p. 233)
Sendo assim, não restam dúvidas que a crise no sistema penitenciário brasileiro foi agravada pela política proibicionista, a qual se manifesta de diversas formas.
31 RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
30 RAMOS, Alex Agra. Dispositivo autocrático de segurança: violência policial e dominação burguesa no Brasil. Salvador, 2020.
29 DE MELO, Michel Cícero M. Acórdãos, Objetos e Territórios: Tráfico de drogas e associação para o tráfico nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 2020. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.
28 Acórdão 1242191, 00011028220198070014, Relator: SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, Segunda Turma Criminal, data de julgamento: 2/4/2020, publicado no PJe: 23/4/2020.
15
Portanto, a abordagem punitiva tem se mostrado ineficaz na redução do tráfico de drogas, enquanto perpetua um ciclo de criminalidade e marginalização. 32
3. ANÁLISE DOCUMENTAL DO SISDEPEN: IMPACTO DA LEI DE DROGAS PARA A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.
A política de combate às drogas adotada no Brasil é regida pela Lei nº 11.343/2006, a qual manteve criminalização do usuário sob o pretexto da prevenção ao uso indiscriminado e garantia do tratamento dos dependentes, com vistas a reinseri-los na sociedade, mas na prática o que se demonstra com a aplicação da referida lei é que jamais a criminalização cumpriu com suas promessas.33
Ademais, da análise dos dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023), verifica-se que o encarceramento por crimes ligados a drogas deu um salto de aproximadamente 300% desde a promulgação da lei de drogas.
Conforme mencionado no capítulo anterior, a ausência de um critério objetivo para o procedimento de distinção entre o consumo próprio e o tráfico de drogas tem contribuído fundamentalmente com a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, pois, a condenação de usuários como se fossem traficantes ajuda a compreender um dos motivos que transformou o Brasil na terceira maior população prisional do planeta34.
Isto ocorre, pois, tal ausência, permite a atuação discricionária do por parte do sistema penal, principalmente quando é a polícia quem classifica a ação do indivíduo, e que em sua maioria será a única testemunha do fato, sendo peça chave para toda a persecução penal.

Portanto, a partir de um estudo descritivo documental da análise dos dados, levantamentos e estatísticas penitenciárias realizados pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ferramenta utilizada pela Secretaria Nacional de Políticas penais para coletar informações padronizadas e realizar um eficaz mapeamento do sistema penitenciário no Brasil, foi possível analisar o contingente de prisões em razão da lei de drogas.

34 World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research (ICPR), em Birkbeck, Universidade de Londres.

33 PILATI, Rachel Cardoso. Direito penal do inimigo e política criminal de drogas no brasil: discussão de modelos alternativos. 2011. 164 f. Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal De Santa Catarina.

32 WACQUANT, Loïc. As Prisões da Miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

16

3.1. POPULAÇÃO CARCERÁRIA ANTES E DEPOIS DA LEI DE DROGAS.

A Lei 11.343/2006, foi publicada em 24 de agosto de 2006, entrando em vigor a partir do dia 08 de outubro de 2006, revogando expressamente em seu artigo 75, as leis anteriores.

Art. 75. Revogam-se a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. (BRASIL, 2006) 35

Neste sentido, conforme demonstrado anteriormente, a nova lei de drogas trouxe circunstanciais mudanças às legislações anteriores.

Segundo dados extraídos através do último relatório da Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), o Brasil alcançou no segundo semestre de 2023 a marca de 857.999 pessoas em situação de cumprimento de pena, sendo 656.811 em celas físicas (sistema penitenciário e outras carceragens) bem como 201.188 pessoas em prisão domiciliar (com ou sem monitoramento eletrônico) somente no âmbito estadual.36

Por sua vez, no âmbito federal, verifica-se que a população em cumprimento de pena (sistema penitenciário e outras carceragens) consiste em 12.265 pessoas em celas físicas.

É importante ser observado que desde que passou a viger a lei de drogas em 2006, a população carcerária brasileira mais que dobrou, tendo em vista que no ano anterior, sob vigência da Lei nº 6.368/1976 a população carcerária consistia em 401.236 pessoas encarceradas. Ou seja, houve um considerável aumento de 456.763 pessoas privadas de sua liberdade.

Naturalmente, não se pode imputar este aumento considerável unicamente à nova Lei de Drogas, tendo em vista a existência das mais variadas condutas tipificadas no Código Penal. Contudo, não se pode ignorar a sua decisiva influência para a superlotação do sistema carcerário.

Neste sentido, a análise simples dos dados acima mencionados acerca da evolução da população carcerária brasileira entre o período de 2005 a 2023, é um tanto

36 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf

35 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.
17
quanto abstrata. Sendo assim, é importante observar a evolução das prisões especificamente por crimes relacionados à Lei de Drogas.
No 15º ciclo de coleta levantado pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), referente ao segundo semestre de 2023, verifica-se que pelo menos o contingente de 199.731 pessoas respondem por crimes relacionados a Lei de Drogas, sendo que destas, 168.021 respondem pelo crime de Tráfico de Drogas previsto no artigo 33, 25.529 pessoas foram enquadradas no crime de Associação ao Tráfico tipificado no artigo 35, bem como 6.181 pelo crime de Tráfico internacional de drogas previsto no artigo 40 da mesma lei.
Por sua vez, no ano de 2005, ano que antecede o início da vigência da nova lei de drogas, havia no brasil cerca de 31.520 presos pelo crime de Tráfico de entorpecentes e 1.360 pessoas presas pelo crime de tráficos internacional de entorpecentes, totalizando um total de 32.880 pessoas encarceradas37 em razão da aplicação da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.
Fonte: 15º Ciclo Sisdepen (2º semestre de 2023)
Neste sentido, podemos observar que houve um aumento de pelo menos 166.851 pessoas respondendo por crimes relacionados ao envolvimento com drogas ilícitas, o
37 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? InfoPen. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2005.pdf
18
equivalente a 507%. Verifica-se ainda que, até 2006, os presos por crimes relacionados às drogas correspondiam a aproximadamente 8% da população carcerária brasileira, ocorre que, hodiernamente, este percentual consiste em aproximadamente 25%.38
Portanto, é evidente que a aplicação da Lei 11.343/06 contribuiu de forma significativa para o aumento da população carcerária brasileira, uma vez que a falta de critérios quantitativos claros para diferenciar usuários de traficantes cedeu margem para uma atuação discricionária por parte da polícia e do judiciário, resultando em interpretações subjetivas, o que levou ao encarceramento em massa de usuários como se traficante fossem.

3.2 VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO POLICIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

Conforme exposto nos tópicos anteriores, o parágrafo 2º do artigo 28 da Lei de Drogas, concede margem de discricionariedade ao julgador para, após avaliação de caso concreto, definir se o entorpecente apreendido seria destinado ao uso pessoal ou pra fins de tráfico de drogas, principalmente, em razão da ausência de critérios objetivos que sirvam de parâmetro para que se constate esta diferença, tais como o estabelecimento de gramatura ou outra medida que possibilite a quantificação da droga.
Neste aspecto, conforme aponta o Relatório desenvolvido pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania CESeC (Relatório Um Tiro no Pé, 2021), diante do marcante perfil punitivista dos agentes de segurança pública, desde os policiais que

apreendem o indivíduo aos magistrados responsáveis pelo julgamento, ficar a critério da subjetividade do julgador quais são os fatores quantitativos para diferenciar a condição de usuário para traficante é abrir margem para a discricionariedade.
Ocorre que, esta discricionariedade não tem início quando do julgamento pelo magistrado competente, mas, na verdade, ela ocorre desde a apreensão pela autoridade policial que, conforme a seguir será demonstrado, tem papel determinante quanto a formação da decisão do juízo.
38 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf
19
Conforme Inácio e Bueno, não é plausível que o depoimento de um policial, assim como qualquer outra prova testemunhal de forma isolada, seja considerada prova satisfatória e suficiente para embasar a convicção do juízo para uma eventual condenação, tendo em vista que ?além de não ser neutra ou imparcial, ainda possui o agravante da possibilidade de distorção dos fatos de forma intencional?39.
Ocorre que geralmente os processos que envolvem a Lei de Drogas surgem em decorrência de prisões em flagrante efetuadas pelas autoridades policiais motivo pelo qual, nestes casos é o policial quem poderá narrar as circunstâncias da prisão, informar as características do local de abordagem e afirmar com quem estava a droga.
Portanto, conforme aduz Maria Goete40, o magistrado somente terá o contato com o fato objeto de investigação a partir da perspectiva da autoridade policial que realizou a abordagem e realizou a prisão, momento em que classifica a infração penal, de modo que a palavra do policial tem função determinante na formação do convencimento do magistrado.
Sob essa mesma linha argumentativa, argumenta Boiteux (2014):
Com tais critérios extremamente vagos, e de difícil aplicação, a distinção no caso concreto acaba sendo feita pela primeira autoridade que tem contato com o acusado, prevalecendo a visão subjetiva desta, sendo excessivamente ampla a discricionariedade concedida ao policial. (BOITEUX, 2014, p. 90)
Neste sentido, Luis Carlos Valois41, após análise de inquéritos policiais relacionados aos crimes da lei de drogas, nas capitais de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e também no Distrito Federal, argumenta que 74% das prisões em flagrante pelo crime de tráfico de drogas (Art. 33 da Lei 11.343/06) tem como testemunhas apenas os policiais que realizaram a abordagem.
Para consubstanciar a pesquisa acima mencionada, faz-se mister destacar pesquisa similar realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da Universidade de São Paulo (USP), através de estudo denominado ?Prisão Provisória e Lei de Drogas ? Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo?.
Da análise da pesquisa do NEV, verifica-se que chegou-se a percentual equivalente ao exposto por Valois, qual seja, em 74% das prisões em flagrante em razão
41 VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, p. 493, 2021.
40 JESUS, Maria Gorete Marques de. ?O Que Está no Mundo não Está nos Autos?: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. São Paulo: Tese (Doutorado em Sociologia)

? Universidade de São Paulo, 2015.
39 Mariana Secorun Inácio e Marina Manzoni Bueno, Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021, p. 24.
20
da lei drogas, a testemunha é apenas o policial que realizou o flagrante, acrescentando ainda que, por sua vez, em 26% dos dos casos as testemunhas são a própria autoridade policial mais testemunha civil.
Ademais, o estudo mencionado evidencia ainda que 91% destes processos cuja única prova é o testemunho policial terminam com a condenação do réu pelo crime de tráfico de drogas.
Noutro aspecto, é importante trazer à lume também o levantamento realizado pela Agência Pública, o qual evidencia que nos processos cuja apreensão de droga foi até 10 gramas, em aproximadamente 84% dos casos a única prova considerada irrefutável foram os depoimentos dos policiais que realizaram a apreensão.42
Ainda de acordo com este levantamento, verifica-se das decisões analisadas que nos processos cuja única testemunha são os policiais, houve o percentual de 59% de condenações ao passo que quando houveram testemunhas civis este percentual foi reduzido para 44 %.
Esta diferença também fica demonstrada no que diz respeito ao índice de absolvição, tendo em vista que quando houveram testemunhas civis o índice de absolvição consistiu no percentual de 21 %, ao passo que quando as testemunhas foram apenas policiais o índice de absolvição caiu para apenas 14 %.
Nesta senda, Alba Zaluar 43 afirma que o poder policial e judiciário tem-se posicionado na verdade numa caça aos usuários, e não aos grandes traficantes.
[...] seria melhor se as forças de polícia não fossem empregadas para caçar os consumidores de droga ou os pequenos negociantes, e atribuíssem muito mais seus recursos à repressão de grandes traficantes e de lavadores do dinheiro sujo (ZALUAR, 2007, p. 03).
Portanto, ante todo o exposto, a ausência de critérios objetivos que diferenciem as condutas previstas no art. 28 e no art. 33 da Lei 11.343/06, tem permitido que a palavra dos policiais tenha o papel mais importante nos processos desta natureza, de modo que no fim das contas é quem efetivamente tipifica a conduta praticada pelo sujeito no delito de tráfico de drogas.44
44 Mariana Secorun Inácio e Marina Manzoni Bueno, Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021.
43 ALBA ZALUAR. Democratização Inacabada: Fracasso da Segurança Pública, 2007.
42 DOMENICI, Thiago e BARCELOS, Iuri. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. Disponível em: Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo - Agência Pública. Acesso em: 22/04/2024.
21
4. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POLÍTICA DE DROGAS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RE 635.659.
O Supremo Tribunal Federal (STF), representa a instância superior do Poder Judiciário brasileiro, desempenhando uma função primordial na salvaguarda da ordem

jurídica e na preservação dos preceitos estabelecidos na Constituição Federal.
Sendo assim, como órgão guardião da Carta Magna, compete-lhe a missão precípua de assegurar a conformidade das leis e atos normativos infraconstitucionais com os ditames constitucionais, consubstanciando-se, portanto, como o bastião máximo da legalidade e da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro.
Assim, dispõe o caput do artigo 102 da Constituição de 1988:
Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
Neste sentido, conforme delineado nos capítulos anteriores, a aplicação da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) tem causado uma série de problemas no âmbito da segurança pública, sobretudo porque tem contribuído significativamente para a superlotação das prisões no Brasil, uma vez que parcela considerável da população carcerária encontra-se detida pela incidência no crime de tráfico de drogas, fato que quem tem agravado as condições já precárias do sistema prisional nacional.
Diante desta problemática, através do julgamento do Recurso Extraordinário (635.659), avalia-se a consonância, ou não, do artigo 28 da Lei 11.343/2006, que trata do porte de drogas para uso pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada sob pena de violação ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.
Este julgamento tem atraído significativa atenção devido às suas implicações na política de drogas, direitos individuais e segurança pública.
Para compreender o julgamento em sua integralidade, necessário se fez analisar os autos mediante acesso ao Supremo Tribunal Federal.
Defende-se a importância dessa metodologia de busca, pois ela facilita o acesso às informações essenciais para o entendimento e o acompanhamento desse julgamento, já que permite a localização mais precisa de documentos, incluindo decisões, acórdãos, votos dos ministros, despachos e pareceres.
Neste sentido, foi adotado esse meio de pesquisa também em razão da sua confiabilidade, pois, o site do STF é atualizado constantemente para refletir os últimos
22
acontecimentos e decisões relacionados ao RE 635659. Esta atualização contínua assegura que as informações disponíveis são sempre as mais recentes, permitindo que os usuários se mantenham informados sobre o progresso e os desdobramentos do caso.
Portanto este suporte de busca permite uma análise detalhada dos argumentos apresentados, das fundamentações jurídicas e das interpretações dos ministros.
4.1. PERCURSO METODOLÓGICO EMPREGADO PARA ANÁLISE DO JULGAMENTO
Para obter os resultados pretendidos, quais sejam, as informações preliminares, partes e decisões no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, necessário se fez adentrar ao sítio eletrônico do Supremo, mediante acesso ao link
https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145.
Em seguida, ao clicar na aba ?Processos? e digitar o número do processo originário (0018946-13.2009.8.26.0161), ou clicar na aba ?Repercussão Geral? e colocar o número do tema, neste caso o 506, somos imediatamente direcionados a

página onde temos acesso a todas as informações necessárias para o desenvolvimento deste trabalho.
A partir do acesso ao sítio eletrônico mencionado, podemos ter acesso às publicações durante o julgamento mediante acesso ao ?Diário da Justiça Eletrônico (Dje)?, a ?Jurisprudência? (reconhecimento da repercussão geral, publicada em 09/03/2012), bem como ao leading case que nos fornece as informações gerais do processo, e, por fim acesso às peças processuais, tais como pedidos de ingresso como Amicus Curiae, sustentação oral etc, bem como acesso ao despachos e decisões prolatadas, mediante acesso a aba ?Peças?.
Por sua vez, não foi possível obter acesso ao inteiro teor do votos de todos os ministros, uma vez que alguns votos ainda não foram disponibilizados. Neste sentido, buscando a íntegra/inteiro teor dos votos dos ministros, tendo em vista a escassez em outros meios de pesquisa, necessário se fez entrar em contato, através de e-mail, com a Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do Supremo Tribunal Federal, setor responsável pelas pesquisas judiciárias no âmbito do supremo.
Neste momento, obtive o seguinte esclarecimento: ?Informamos que o referido julgamento ainda não foi finalizado, conforme o andamento processual, o julgamento foi suspenso por motivo de pedido de vista, e os ministros que votaram, ainda não
23
disponibilizaram seus votos. Sendo assim, só conseguimos disponibilizar os votos, no final do julgamento, com a publicação do referido acórdão."
Diante disso, obtive acesso tão somente ao inteiro teor dos votos do ministros Alexandre de Moraes, do relator Gilmar Mendes, Luis Roberto Barroso, e do Fachin, não foi possível ter acesso ao inteiro teor de todos os ministros, motivo pelo qual se fez necessário buscar fontes jornalísticas confiáveis, bem como ouvir os votos disponibilizados em plataformas de audiovisual, tais como o canal oficial do Supremo Tribunal Federal no YouTube.

4.2. DESCRIÇÃO DO JULGAMENTO

O referido julgamento foi iniciado após a interposição de recurso em favor de um condenado por porte de 3g (gramas) de cannabis sativa (maconha) que o Recorrente alegava ser para consumo próprio. Ocorre que, diante da condenação, a Defensoria Pública do estado de São Paulo interpôs recurso sob a alegação da inconstitucionalidade do art. 28, em face da violação do art. 5º, X, da Constituição Federal.

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988)

Assim, no decorrer do julgamento, explicou o ministro relator Gilmar Mendes45:

> No caso em análise, o art. 28 é impugnado sob o enfoque de sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. Não se funda o recurso na natureza em si das medidas previstas no

referido artigo, mas, essencialmente, na vedação constitucional à criminalização de condutas que diriam respeito, tão somente, à esfera pessoal do agente incriminado. (2015, p. 3 e 40)

Em dezembro de 2011, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a existência de repercussão geral na questão em debate sobre a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas (STF, 2011), motivo pelo qual o Ministro Gilmar Mendes, sorteado relator do caso, destacou a relevância social do tema

45 MENDES, Gilmar Ferreira. RE 63659/SP. Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes proferido em 20/08/2015.

24

e defendeu a importância da Corte se manifestar para pacificar a questão da possibilidade de descriminalização do porte de drogas para consumo próprio.

O julgamento teve início no Plenário do Supremo Tribunal Federal em 19 de agosto de 2015, e foi suspenso em setembro do mesmo ano após o pedido de vista do Ministro Teori Zavascki.

FICHA TÉCNICA LEADING CASE INSTÂNCIA RELATOR PROC.
ORIGINÁRIO
RECURSO
EXTRAORDINÁRIO
635.659
STF GILMAR
MENDES
0018946-13.2009.8.
26.0161
TRAMITAÇÃO PROTOCOLO
DA AÇÃO
RECONHECIMENTO DA
REP. GERAL (TEMA 506)
STATUS ATUAL
22/02/2011 09/12/2011 EM JULGAMENTO

Fonte: Supremo Tribunal Federal.

Após o falecimento do Ministro Teori Zavascki, o processo foi redistribuído, e novos debates surgiram, especialmente com a mudança de composição do STF. E, desde então, dos 11 (onze) ministros que compõem a Suprema Corte, votaram apenas 8 (oito). Dentre estes, os ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Rosa Weber votaram de forma favorável ao afastamento da criminalização do porte de maconha para consumo próprio. Por sua vez, os ministros Cristiano Zanin Martins, Kássio Nunes Marques e André Mendonça posicionaram-se de forma oposta.

Dessa forma, até o momento, o julgamento registra um placar de 5 a 3, com maioria de votos para afastar a criminalização do porte de maconha para consumo próprio. Contudo, o processo encontra-se suspenso após pedido de vistas do Ministro Dias Toffoli, para melhor análise, portanto, além de seu voto, ainda votarão os ministros Luiz Fux e Cármen Lúcia.

Conforme supracitado, o tema em julgamento trata da constitucionalidade dos tipos penais do art. 28 da Lei 11.343/06, de modo que se discute a inexistência de lesividade na conduta de porte de droga para consumo pessoal e o exercício da
25
autonomia privada, a qual é constitucionalmente protegida pelo direito à vida íntima, não havendo, portanto, qualquer ofensa à tutela da saúde pública.

Portanto, o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635.659, em andamento no Supremo Tribunal Federal (STF), representa um marco significativo na interpretação e aplicação da legislação brasileira referente ao porte de drogas para uso pessoal, e, sua decisão poderá ser um importante passo no caminho para amortização dos efeitos desta política que tem se demonstrado ineficaz em seus objetivos.

4.3. OS VOTOS DOS MINISTROS

Conforme já demonstrado, o Ministro Gilmar Mendes é o relator do julgamento ora analisado. Ainda em 2015, o ministro votou a favor da descriminalização do porte de qualquer tipo de droga desde que para consumo pessoal (STF, 2015).

O ministro iniciou sua abordagem, prestando esclarecimentos, sob a ótica do princípio da proporcionalidade, acerca dos crimes de perigo abstrato e as políticas regulatórias no contexto da Lei de Drogas, notadamente em relação ao usuário.

Em seu voto, Mendes destacou que não existem estudos suficientes ou incontroversos que demonstrem que a proibição é o meio mais eficaz no combate ao tráfico de drogas, enfatizando ainda que, em que pese tenha sido aplicada esta política de drogas, frequentemente chamada de "Guerra às Drogas", o tráfico tem aumentado consideravelmente nas últimas décadas.

O relator, destacou a importância de definir uma distinção precisa entre tráfico de drogas e posse para consumo pessoal, sob o argumento de que esta é crucial para o destino da pessoa abordada, tendo em vista que ela pode ser presa por até quinze anos, se condenada por tráfico, ou permanecer livre, sujeita apenas a medidas transitórias previstas no artigo 28, sem repercussões penais, se classificada como usuária.

O ministro demonstrou extrema preocupação quanto à seletividade do sistema penal, com indicações de tratamento mais rigoroso para pessoas em situação de vulnerabilidade, especialmente os viciados, tendo em vista que a interpretação subjetiva dos fatos pode levar a decisões arbitrárias.

?Da mesma forma, a percepção geral é de que o tratamento criminal aos usuários de drogas alcança, em geral, pessoas em situação de fragilidade econômica, com mais dificuldade em superar as consequências de um processo penal e reorganizar suas vidas depois desqualificados como criminosos por condutas que não vão além de mera lesão pessoal.
26
Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional.? (MENDES, STF, 2015)

Argumenta ainda, noutro aspecto, que o consumo de qualquer substância é uma decisão estritamente privada, e qualquer dano decorrente disso afeta principalmente a

saúde do próprio usuário, motivo pelo qual proibir esse consumo é desrespeitar a decisão individual do ser de arriscar a própria saúde, afastando, portanto, a saúde pública como bem jurídico tutelado.
Neste sentido, vota pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, afastando, portanto, qualquer efeito penal no dispositivo. Porém, mantendo as medidas administrativas até nova legislação específica.
?Tendo em conta os resultados retratados na pesquisa sobre práticas integrativas, há pouco noticiada, afigura-se que a aplicação, no que couber, das medidas previstas no referido artigo, sem qualquer efeito de natureza penal, mostra-se solução apropriada, em caráter transitório, ao cumprimento dos objetivos da política nacional de drogas, até que sobrevenha legislação específica.? (MENDES, STF 2015)
É importante destacar ainda que, no decorrer do julgamento, após o voto de Alexandre de Moraes, o ministro relator reajustou seu voto no sentido de descriminalizar tão somente o porte de maconha.
Em seguida, o ministro Edson Fachin também manifestou seu voto nos termos do relator, Gilmar Mendes, se alinhando ao pensamento de que o consumo de drogas deve ser considerado como fato da autodeterminação individual, de modo que tal consumo diz respeito à intimidade e privacidade do indivíduo (STF, 2015).
Fachin destaca ainda que, o caso em análise envolve especificamente o porte de maconha, e, que por prudência judicial, a decisão do Supremo Tribunal Federal de descriminalizar o porte de drogas para consumo pessoal deve ser limitada a essa substância.
O ministro Fachin faz questão de destacar que, sob a sua ótica, os critérios ou parâmetros objetivos para diferenciar o traficante do usuário deve ser fixado tão somente pelo Congresso Nacional.
Por sua vez, o ministro Luís Roberto Barroso, assim como Gilmar Mendes e Edson Fachin, também destacou que a medida implica que o Estado não tem autoridade para interferir ou punir o porte de drogas para consumo pessoal (STF, 2015).
27
Ocorre que, faz questão de frisar que tal medida não é equivalente à legalização do consumo de qualquer droga ilícita, nem mesmo a maconha, embora reconheça a inconsistência de descriminalizar o consumo enquanto a produção e distribuição de drogas continuam sendo crimes.
Barroso, demonstrando notória preocupação com o encarceramento gradativo da população brasileira, fez questão de ressaltar as implicações da criminalização do porte de pequenas quantidades de maconha para o elevado número de prisões no Brasil, especialmente entre jovens negros. Argumentando ainda que, é fundamental estabelecer uma quantidade específica para diferenciar o usuário do traficante.
Para a determinação do critério quantitativo na distinção entre usuário e traficante, o Ministro Luís Roberto Barroso, cita critérios adotados em outros países como exemplos a serem considerados. O Ministro esclarece que no Uruguai é adotado o critério de 40 gramas, na Espanha o critério de 100 gramas e, em Portugal, o qual considera uma experiência de sucesso, 25 gramas.

Diante disso, baseando-se nestes modelos, Barroso estabelece um critério quantitativo de 25g como o limite para presumir o portador como usuário, argumentando que esta presunção é tão somente inicial, de modo que pode ser refutada pelo magistrado de acordo com as circunstâncias no caso concreto. Noutro aspecto, no que diz respeito ao cultivo de Cannabis para consumo próprio, o Ministro propõe um limite de até 6 plantas fêmeas.

Em sequência, o Ministro Alexandre de Moraes argumenta que a problemática na aplicação da lei diz respeito ao artigo 28 da Lei de Drogas, pois, em sua visão, tal disposição aumentou a discricionariedade tanto da autoridade policial quanto do Ministério Público e das autoridades judiciais.

Argumentou ainda que, com a nova lei, o que antes era classificado como usuário passou a ser rotulado como pequeno traficante, acarretando em penas mais severas, e superlotando o sistema carcerário.

Diante disso, o Moraes votou pela descriminalização do porte de maconha para uso pessoal, propondo que seja presumido usuário aquele que guarde, tenha, transporte ou traga consigo até 60 gramas de maconha, ou seis plantas fêmeas.

Argumentou com isto que essa presunção seria relativa, permitindo à autoridade policial considerar outros critérios que possam caracterizar o tráfico de entorpecentes, tais como, a forma de acondicionamento, a diversidade de entorpecentes encontrados
28
com a pessoa, e a apreensão de instrumentos, como balanças, cadernos de anotação e celulares.

Moraes esclarece ainda que estes critérios devem ser considerados durante a audiência de custódia, e, portanto, se o indivíduo estiver com quantidades inferiores às estabelecidas, a autoridade judicial deverá fundamentar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva com base em outros critérios que caracterizem o tráfico.

Por outro lado, se a quantidade encontrada for superior à presumida para uso pessoal, a autoridade judicial deverá permitir que o indivíduo comprove que se trata de um usuário e não de um traficante.

No seu voto, a Ministra Rosa Weber também seguiu o entendimento do ministro relator, manifestando seu voto no sentido da descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, ajustando sua posição para que o julgamento se aplicasse exclusivamente ao porte de maconha, argumentando estar plenamente convencida de que é mais apropriado restringir o julgamento apenas a essa substância.

Weber, argumentou que, durante suas visitas nas unidades prisionais brasileiras, como presidente do Conselho Nacional de Justiça, pôde observar de perto a gravidade da situação de tais unidades e que a política de drogas ora aplicada tem contribuído de forma contundente para o agravamento desta situação.

Noutro aspecto, argumentou ainda que o consumo estritamente pessoal de drogas representa um risco à saúde individual do usuário e, portanto, deve ser tratado no âmbito das políticas públicas de saúde e reinserção social, em vez de ser abordado predominantemente pelo aparato penal do Estado.

Ancorada nestes argumentos, a Ministra aderiu ao critério estabelecido pelo Ministro Alexandre de Moraes para diferenciar usuários de traficantes, que é de até 60

gramas de maconha para ser classificado como porte pessoal. Neste sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso, originalmente propondo um limite de 25 gramas, demonstrou estar aberto a ajustar seu voto para se alinhar à maioria em relação à quantidade estabelecida.

O Ministro Cristiano Zanin Martins, primeiro a negar provimento ao Recurso, abriu a divergência no julgamento e votou contra a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343 sob o argumento de que isto poderia potencializar o problema do encarceramento, pois, sob a sua ótica, seriam removidos os únicos parâmetros legais disponíveis para distinguir entre o usuário e o traficante.

29

Neste sentido, o ministro votou pela constitucionalidade do referido artigo, notadamente chamando atenção pela manutenção do critério já existente no parágrafo 2º.

Contudo, em que pese tenha se posicionado de forma divergente, segue a maioria no no que diz respeito a quantidade de maconha a ser fixada como parâmetro orientador que sirva de limite para distinguir uso e tráfico, ou seja, 25 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, propondo a seguinte redação:

?1) É constitucional o artigo 28 da Lei 11.343.

2) Para além dos critérios estabelecidos no parágrafo 2º do artigo 28 da Lei 11.343 para diferenciar o usuário de maconha do traficante, o tribunal fixa, como parâmetro adicional, a quantia de 25 gramas ou seis plantas fêmeas para configuração de usuário da substância, com a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante fundamentação exauriente das autoridades".? (MARTINS, STF, 2023)

O Ministro André Mendonça adota uma posição cautelosa, argumentando que tal medida poderia ser interpretada como um aval para o consumo o que, potencialmente, acarretaria prejuízos à saúde pública.

Ademais, entende que a discussão sobre a descriminalização deve ocorrer dentro do poder legislativo, respeitando o devido processo democrático. Neste sentido, propõe que seja declarada a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas e seja estabelecido um prazo para o Congresso Nacional deliberar a temática e definir critérios objetivos para diferenciar o porte para consumo pessoal e para tráfico de drogas.

Noutro aspecto, propõe ainda que sejam caracterizados como usuários aqueles que portarem até 10g de maconha, o que acredita ser equivalente a 36 cigarros, até que o Congresso delibere sobre o assunto.

Por fim, o Ministro Kassio Nunes Marques, vota em posição alinhada com a visão de que a descriminalização do porte de maconha para uso pessoal deve ser uma decisão do Legislativo e não do Judiciário.

O Ministro destaca ainda que, em sua ótica, o consumo de drogas vai além do próprio usuário tendo em visto que afeta também a sociedade em geral e que, portanto, a manutenção da criminalização, conforme previsto no artigo 28, funciona como um fator inibitório tanto para o consumo quanto para o tráfico de entorpecentes.

Por fim, o ministro Dias Toffoli, pediu vista para examinar de forma mais minuciosa o processo antes de proferir seu voto e terá até 90 dias para explorar o

30
processo antes de devolvê-lo para Barroso. E, como supramencionado, após seu voto, ainda votarão os ministros Luís Fux e Cármen Lúcia.

5. IMPACTO DO JULGAMENTO DO RE 635.659 NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

A descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal está a um passo de se tornar realidade no Brasil, uma vez que, conforme exposto no capítulo anterior, cinco ministros já proferiram votos favoráveis à medida, motivo pelo qual resta apenas mais um voto favorável para que se forme a maioria.

Diante da iminente decisão favorável à descriminalização do porte de maconha para uso pessoal no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, torna-se fundamental considerar as consequências do afastamento da incidência do Direito Penal nesse contexto específico e quais as potenciais consequências para a sociedade.

Neste sentido, em se confirmando a descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal, bem como estabelecido um critério objetivo quantitativo que sirva de parâmetro limite para qualificar o usuário ou o traficante, quais seriam os impactos desta decisão, notadamente no âmbito do sistema carcerário brasileiro?

Inicialmente, o primeiro impacto seria no âmbito do poder judiciário brasileiro, uma vez que as pessoas apreendidas com drogas, dentro dos limites estabelecidos pelo supremo, não seriam mais presas ou processadas como se traficante fossem, desde que ausentes os outros elementos que denotem tráfico, tais como balança de precisão, arma, munição, anotações contábeis referentes ao comércio de substâncias ilícitas e etc.

Diante disso, levando em consideração a média de crescimento do número de presos e processados em razão da Lei de Drogas desde 2006, a medida indica uma possível redução no número de processos judiciais em trâmite no judiciário, uma vez que, em sua maioria, são presos com pouca quantidade de drogas. Para consubstanciar isto, Marcelo Semer46 aponta que aproximadamente 50% dos encarcerados foram presos por estar na posse de menos de 100 gramas de maconha ou 50 gramas de cocaína.

Cumpre destacar, portanto, que a quantidade de drogas apreendidas tem sido fundamental no enquadramento do agente como usuário ou traficante.

46 SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019, p. 285-286.

31
Ocorre que, mesmo fixado um novo parâmetro, não se pode falar em soltura automática dos presos ou medidas similares, uma vez que a quantidade de substância não é o único critério para caracterizar alguém como traficante.

Sendo assim, os detentos serão potencialmente impactados pelo julgamento, pois, uma vez que tais critérios serão meramente orientadores, devem buscar a jurisdição para solicitar uma revisão criminal, na qual suas penas serão reavaliadas à luz dos novos parâmetros e das circunstâncias específicas de seus casos, momento em que será decidido pela reclassificação, ou não, da conduta para consumo pessoal.

Por sua vez, à médio prazo, o impacto desta decisão atingiria o sistema carcerário brasileiro, uma vez que, superada a adoção dos critérios subjetivos transferidos à estrutura do Poder Judiciário para definir o usuário e o traficante, os quais

são fundamentados nas circunstâncias sociais e pessoais, localidade e condições em que se desenvolveu a ação, e adotados parâmetros quantitativos objetivos, evitando, assim, que o subjetivismo das autoridades gerem decisões contraditórias, a tendência é uma redução da superlotação carcerária.

Para consubstanciar isso, faz-se mister sublinear a perspectiva apresentada pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) em conjunto com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos do Ministérios de Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP), em torno do julgamento do crime de tráfico de drogas no judiciário brasileiro.

Os cenários analisados pelo IPEA e SENAD/MJSP, tiveram como base os critérios sugeridos em nota técnica do Instituto Igarapé colacionado aos autos em 2015, a qual pugna pela urgência de estabelecimento de parâmetros objetivos na distinção entre traficante e usuário, a partir dos quais os agentes públicos possam avaliar de forma mais precisa e justa.

A nota técnica do Instituto Igarapé, pelos especialistas que a subscrevem, destaca ainda que parâmetros propostos, e, eventualmente adotados pelo Supremo, tem natureza de presunção relativa, uma vez que julgador pode, desde que de forma fundamentada, desconsiderar tais critérios se os demais critérios legais apontarem para a condição de traficância.

De acordo com a referida nota técnica, para adotar esses parâmetros, foram consideradas as experiências internacionais, os padrões nacionais de consumo de drogas e a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal.

32

CENÁRIO 1 CENÁRIO 2 CENÁRIO 3

25 gramas 40 gramas 100 gramas

6 plantas fêmeas 10 plantas fêmeas 20 plantas fêmeas

Fonte: Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA)

A definição por algum destes critérios para distinguir usuários e traficantes pode atingir de forma significativa os casos em andamento, potencialmente resultando na reclassificação de alguns indivíduos que anteriormente eram considerados traficantes como simples usuários de drogas. Inclusive, para além da definição de gramatura, destaca-se a importância de definição da quantidade de plantas para cultivo, para evitar possíveis erros que levem ao enquadramento no inciso II do §1º do art. 33.

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.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

[...]

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; (BRASIL, 2006)
De acordo com o resultado final da pesquisa do IPEA, se adotados os critérios previstos no ?Cenário 1?, ou seja, gramatura no limite de 25 gramas ou 6 (seis) plantas fêmeas, conforme sugerido pelos ministros Cristiano Zanin Martins e Kássio Nunes Marques no durante o julgamento do RE 635.659, aproximadamente 27% dos presos condenados por tráfico de drogas, cuja a substância apreendida foi maconha, poderiam ter suas penas revistas para uma possível requalificação da condição de traficante para usuário.
33
Por sua vez, a adoção do critério proposto no ?Cenário 2?, o qual estipula o limite de 40 gramas de maconha ou 10 (dez) plantas fêmeas, poderia resultar na revisão das penas de aproximadamente 33% dos condenados. Em consonância a este cenário, os ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso propuseram um limite de 25 a 60 gramas, bem como o cultivo de até 6 plantas fêmeas, de modo que entre 27 e 40 % das penas podem ser revistas.
E, finalmente, se adotado o critério do ?Cenário 3?, cujo limite seria maior, na gramatura de 100 gramas de maconha ou 20 (vinte) plantas fêmeas, limite que chegou a ser proposto pelo ministro Luís Roberto Barroso, cerca de 48% dos condenados por tráfico poderiam ter suas penas revistas.
Vale destacar ainda que, o Ministro André Mendonça propôs o limite de até 10 gramas, o que, segundo Marcelo Semer, após denso estudo acerca do papel dos juízes no encarceramento47, representa aproximadamente 14% das prisões por porte de maconha.
Ademais, o estudo do Ipea, demonstra ainda que, para além da maconha, no caso da cocaína, pelo menos o percentual de 31% dos presos por tráfico poderia ter sua pena revista caso o Supremo fixasse um parâmetro de 10 gramas, bem como o percentual de 37% caso fosse fixado o limite de 15 gramas.
Sendo assim, o estudo projeta a possibilidade de reclassificar como porte para uso de drogas, aproximadamente, entre 27 e 48% das apreensões de cannabis e entre 31 e 37% das apreensões de cocaína.
Neste sentido, à luz do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, verifica-se que os critérios sugeridos pelos ministros estão, em sua maioria, em consonância aos critérios adotados pelo Ipea na realização de sua pesquisa.
Em tempo, é importante destacar ainda que o julgamento do Recurso Extraordinário 635.59 está em curso há aproximadamente 9 (nove) anos. E, esta morosidade na definição, pode ter contribuído para o aumento da população carcerária, conforme verifica-se dos dados extraídos através do SISDEPEN.
De acordo com os dados extraídos pelo SISDEPEN, observa-se no levantamento realizado no último semestre de 2014, ano que antecede o início do julgamento, que o Brasil tinha à época um contingente de 147.475 pessoas privadas de liberdade por crimes relacionados à lei de drogas.
47 SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019.
34

Ocorre que, diante da morosidade no julgamento, este contingente cresceu significativamente, alcançando a marca aproximada de 200.000 presos no segundo semestre de 2023, conforme 15º ciclo de coleta levantado pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ou seja, um aumento de aproximadamente 35%.

Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN - 15º ciclo de coleta).

Sendo assim, destaca-se que, levando em consideração os cenários apresentados pelo Ipea, este aumento poderia ter sido evitado se o julgamento já houvesse sido definido. Portanto, conforme argumenta Alexandre de Moraes48, a fixação de critérios mais objetivos para a distinção entre traficantes e usuários levariam a diminuição da discricionariedade policial no momento da realização do flagrante e, posteriormente, a discricionariedade do Ministério Público no momento da denúncia e a judicial na tipificação final da conduta, o que, consequentemente reduziria o número das prisões em razão da lei de drogas.

48 DE MORAES, Alexandre. RE 63659/SP. Voto do Ministro Alexandre de Moraes proferido em 02/08/2023, p. 25-27.

35

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou compreender os fundamentos da configuração da Lei 11.343/2006, bem como, ancorado em dados estatísticos, entender os reflexos da sua aplicação no sistema penitenciário brasileiro.

Para tanto, foi traçada uma perspectiva histórica acerca da utilização de substâncias psicoativas, bem como as origens da política proibicionista de drogas buscando entender suas causas e consequências. Sendo assim, foi possível vislumbrar que há milênios essa prática é utilizada pelas mais diversas culturas para os mais variados fins, sejam eles ritualísticos, religiosos ou de cunho pessoal.

Após isto, buscou-se compreender as raízes do proibicionismo no Brasil, momento em que observou-se que o proibicionismo foi alicerçado, notadamente por questões morais, econômicas e sociais, ou seja, embora criado sob o crivo da proteção da saúde pública, este argumento, na verdade, se mostra secundário.

Buscando compreender o impacto da Lei de Drogas no sistema carcerário brasileiro, foi realizada uma pesquisa do tipo documental com análise dos dados estatísticos do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN). Neste momento, através do levantamento realizado, observou-se que após o advento da lei de drogas, a população carcerária brasileira mais que dobrou, e, embora não se possa imputar este crescimento unicamente à Lei de Drogas, não se pode ignorar sua decisiva influência para que fossem atingidos estes números.

Conforme os dados levantados, o número de presos por crimes relacionados a drogas no Brasil sob a vigência da Lei nº 6.368/76 consistia no montante de 32.880 até o fim de 2005. Por sua vez, com o advento da Lei nº 11.343/06, Lei de Drogas em vigor, este número atingiu o contingente de 199.731 presos, portanto, verificamos um aumento de pelo menos 166.851 pessoas privadas de liberdade em razão desta lei, ou seja, um impactante aumento no percentual de aproximadamente 507%.

Por fim, foi analisado o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (Tema 506), buscando compreender os possíveis impactos da eminente decisão pelo Supremo Tribunal Federal que, descriminalizando ou não o porte para consumo pessoal da maconha, fixará um critério objetivo que servirá de parâmetro para auxiliar no julgamento dos crimes relacionados a drogas.

Conforme exposto, os critérios sugeridos pelos ministros variam do limite mais conservador de apenas 10 gramas de cannabis, para a gramatura mais liberal de 100

36

gramas, destacando ainda que, em sua maioria, os ministros sugeriram que seja fixado o parâmetro de 25 gramas ou 6 plantas fêmeas para cultivo.

Assim, após análise dos estudos realizadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) em conjunto com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos do Ministérios de Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP), foi possível chegar a conclusão de que se estabelecido um critério de 25 gramas de maconha ou 6 plantas fêmeas 27% dos presos por porte de maconha poderão ter suas penas revistas, se fixado um parâmetro de 40 gramas ou 10 plantas fêmeas este percentual seria de pelo menos 33%, e, por, fim, se fixado o parâmetro de 100 gramas, cerca de 48% dos presos poderiam pedir revisão criminal e ter suas penas revistas.

Conclui-se, portanto, que ante todo o exposto no decorrer deste trabalho, a Lei 11.343/06, teve papel decisivo no aumento da população carcerária brasileira. Principalmente porque, a ausência de critérios quantitativos claros para distinguir o usuário do traficante deixou lacunas legais que permitiram a atuação discricionária do poder público, notadamente pelos policiais e juízes.

A decisão do Supremo Tribunal em estabelecer um parâmetro objetivo para distinguir entre usuários e traficantes de drogas é uma medida importante, ainda que não resolva de imediato a problemática da superlotação carcerária. No entanto, essa decisão tem o potencial de conter o crescimento exponencial da população prisional, o que, por sua vez, poderá contribuir para a redução da superlotação ao longo do tempo.

37

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Marcelo Caetano Bittencourt Pizzani Ribeiro. Análise Crítica dos Impactos da Lei 11.343/06 nos Rumos do Encarceramento no Brasil. Fortaleza/CE, Vol. 11, Edição 231, 2023. Disponível em: http://dx.doi.org/10.35265/2236-6717-231-12510. Acesso em 23 jun. 2024

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659. Tema: Repercussão Geral 506. Recorrente: Francisco Benedito De Souza. Recorrido: Ministério Público Do Estado De São Paulo. Relator: Gilmar Mendes. Órgão De Origem: TJSP - 1º Colégio Recursal - Central São Paulo. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145. Acesso em 12 mai. 2024.

_____. Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915. Promulga a Convenção Internacional do Ópio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assinados na Haya. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 3597. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D11481.html. Acesso em: 16 jun. 2024
_____. Decreto nº 4.294, de 06 de julho de 1921. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 13407. Disponível em:https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-publicacaooriginal-92525-pl.html. Acesso em 16 jun. 2024
_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 23911. Coleção de Leis do Brasil - 194 0, Página 187 Vol.7. 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: 14 jun. 2024
_____. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 out. 1976. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6368-21-outubro-1976-357249-norma-pl.html. Acesso em: 10 mai. 2024
_____. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2
BASILIO, Adriene Jayme. A Guerra Contra As Drogas E A Superlotação Carcerária No Brasil. 2022. 62 f. Monografia. Pontifícia Universidade Católica De Goiás, Goiás, 2022.
BLOCK, Walter. Drug prohibition: a legal and economic analysis. Journal of Business Ethics, Worcester, v. 12, p. 689-700, set. 1993.
BOITEUX, Luciana. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade. 273 f. Tese (doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em:
38
https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf Acesso em: 12 mai. 2024.
_____, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), 2014. p. 92.
CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.
COFFI, Pedro Pasquotto. A ausência de critérios objetivos na lei 11.343/2006. 2018. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Penal e Criminologia. Porto Alegre. 2018, P. 37.
DE MELO, Michel Cícero M. Acórdãos, Objetos e Territórios: Tráfico de drogas e associação para o tráfico nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 2020. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.
DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de

Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf. Acesso em: 27 mai. 2024

DOMENICI, Thiago e BARCELOS, Iuri. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. Disponível em: Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo - Agência Pública.

ESCOHOTADO, Antônio. História General de Las Drogas. 3. ed. rev. aum. Madri: Alianza, 1995. 3 v

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf. Acesso em: 12/04/2024. Acesso em: 30 mai. 2024.

JESUS, Maria Gorete Marques de. ?O Que Está no Mundo não Está nos Autos?: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. São Paulo: Tese (Doutorado em Sociologia) ? Universidade de São Paulo, 2015.

KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013. Disponível em: http://dspace/xmlui/bitstream/item/6937/PDIexibepdf.pdf?sequence=1. Acesso em: 11/11/2024

39

LABATE, Beatriz Caiuby. Viagem ao centro do Iboga. Publicado em: http://www.terramistica.com.br/index.php?add=Artigos&file=article&sid=56&ch=4. Acesso em: 16 de jun. 2024

INÁCIO, Mariana Secorun; BUENO, Marina Manzoni. Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021.

PAIS, T.A. ?Drug Profiling: O caso da Heroína?. 2011. 92 f. Dissertação apresentada para provas de Mestrado em Química Forense, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.

PILATI, Rachel Cardoso. Direito Penal do Inimigo e Política Criminal de Drogas no Brasil: Discussão de Modelos Alternativos. 2011. 164 f. (Dissertação) Universidade Federal de Santa Catarina.

RAMOS, Alex Agra. Dispositivo autocrático de segurança: violência policial e dominação burguesa no Brasil. Salvador, 2020.

Relatório um tiro no pé: impactos da proibição das drogas no orçamento do sistema de justiça criminal do Rio de Janeiro e São Paulo. Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC). Disponível em: https://drogasquantocustaproibir.com.br/. Acesso em 16 mai. 2024

Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas. 2011. Disponível em: http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2017/10/GCDP_WaronDrugs_PT.pdf. Acesso em: 20 abr. 2024

RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014
SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019.
VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, 2021.
WACQUANT, Loïc. As Prisões da Miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research (ICPR), em Birkbeck, Universidade de Londres. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/ Acesso em: 14 mai. 2024
ZALUAR, Alba. Democratização inacabada: fracasso da segurança pública. Estudos Avançados, 2007. 21(61), 31?49. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0103-40142007000300003. Acesso em: 24 abr. 2024

==========

Arquivo 1: TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf (9878 termos)
Arquivo 2: https://www.justica.gov.br/news/sisdepen-comeca-a-ser-alimentado-pelos-estados-com-informacoes-sobre-penitenciarias (841 termos)
Termos comuns: 30
Similaridade: 0,28%
O texto abaixo é o conteúdo do documento TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf (9878 termos)
Os termos em vermelho foram encontrados no documento https://www.justica.gov.br/news/sisdepen-comeca-a-ser-alimentado-pelos-estados-com-informacoes-sobre-penitenciarias (841 termos)

==========

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
GRADUAÇÃO EM DIREITO
JOÃO VICTOR DE MATOS SILVA
POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL:
O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA
POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
Salvador
2024
JOÃO VICTOR DE MATOS SILVA
POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL:
O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA
POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
Artigo apresentado ao Curso de
Graduação da Universidade Católica
do Salvador, como requisito parcial
para a obtenção do Título de Graduado
em Direito.
Orientador: Alan Roque Souza de
Araujo.
Salvador
2024
3POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL: O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
João Victor de Matos Silva1
Alan Roque Souza De Araujo2
RESUMO: A utilização de substâncias psicoativas é uma realidade que pode ser observada há milênios em diferentes civilizações e para os mais diversos fins, sejam estes, de cunho personalíssimo, ritualístico, religioso, terapêutico e/ou medicinais. Em contrapartida, vislumbra-se também que ao longo do tempo estas substâncias, popularmente conhecidas como drogas, passaram a ser combatidas pelo Estado,

geralmente por meio do aparelho repressivo estatal, que, contudo, não tem sido exitoso em seus objetivos. Neste sentido, diante da evidente ineficácia estatal, que tem contribuído para a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, conforme análise dos dados pesquisados, é importante reavaliar estratégias para enfrentar os problemas causados pelo comércio ilícito de drogas, e, neste aspecto, busca-se compreender como o julgamento do Recurso extraordinário 635.659 pode impactar na população carcerária brasileira.

PALAVRAS CHAVE: Proibicionismo. Drogas. Encarceramento. Seletividade Penal. Recurso Extraordinário 635.659.

ABSTRACT: The use of psychoactive substances is a reality that can be observed for millennia in different civilizations and for the most diverse purposes, be they very personal, ritualistic, religious, therapeutic and/or medicinal. On the other hand, it can also be seen that over time these substances, popularly known as drugs, have come to be combated by the state, usually through the state's repressive apparatus, which, however, has not been successful in its objectives. In this sense, given the obvious inefficiency of the state, which has contributed to the overcrowding of the Brazilian prison system, according to an analysis of the data researched, it is important to re-evaluate strategies to tackle the problems caused by the illicit drug trade, and in this regard, we seek to understand how the judgment of Extraordinary Appeal 635.659 may impact on the Brazilian prison population.

KEYWORDS: Prohibitionism. Drugs. Imprisonment. Criminal Selectivity. Extraordinary Appeal 635.659.

2 Professor universitário. Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista Internacional em Segurança Pública pela UNEB e Universitá Degli Studi di Padova. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Cairu. Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Superior (UNYAHNA).

1 Graduando no curso de Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). E-mail: joaovm.silva@ucsal.edu.br

4SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. DA POLÍTICA DE DROGAS ADOTADA NO BRASIL: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA 2.1 O PROIBICIONISMO NO BRASIL E A LEI 11.343/2006 2.2. A PROBLEMÁTICA DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS: COMO DISTINGUIR USUÁRIO DE TRAFICANTE 3. ANÁLISE DOCUMENTAL DO SISDEPEN: IMPACTO DA LEI DE DROGAS PARA A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO 3.1 POPULAÇÃO CARCERÁRIA ANTES E DEPOIS DA LEI DE DROGAS. 3.2 VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO POLICIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS 4. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POLÍTICA DE DROGAS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RE 635.659 4.1 PERCURSO METODOLÓGICO EMPREGADO PARA ANÁLISE DO JULGAMENTO 4.2 DESCRIÇÃO DO JULGAMENTO 4.3 OS VOTOS DOS MINISTROS 5. IMPACTO DO JULGAMENTO DO RE 635.659 NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho buscou compreender a configuração da Lei de Drogas sancionada em 2006 (Lei 11.343/2006), e, notadamente, quais são os seus reflexos no sistema penitenciário brasileiro.

É possível observar que, desde o início da vigência da Lei 11.343/2006, o número de pessoas privadas de liberdade em razão da Lei de Drogas, de forma provisória ou definitiva, teve um vertiginoso aumento, fator que contribuiu essencialmente para a superlotação do sistema carcerário. Prova disso, é que o Brasil tem hoje a terceira maior população carcerária do mundo, e, segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023)3, o encarceramento por crimes ligados a drogas deu um salto de aproximadamente 300% desde a promulgação da referida lei.

Um dos fatores para esse aumento, consiste na ausência de determinação no dispositivo legal de uma característica mais objetiva, como a gramatura ou quantidade que sirva de limite para distinguir o porte para consumo do tráfico de drogas, conforme aponta Pedro Pasquotto Coffi.4

Embora a quantidade não seja o único fator considerado para configurar a prisão por tráfico de drogas, a ausência de critério quantitativo tem contribuído significativamente para a prisão de usuários como se traficantes fossem, em razão da

4 COFFI, Pedro Pasquotto. A ausência de critérios objetivos na lei 11.343/2006. 2018. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Penal e Criminologia. Porto Alegre. 2018, P. 37.

3 Anuário Brasileiro de Segurança Pública / Fórum Brasileiro de Segurança Pública. ? 1 (2006) -. ? São Paulo: FBSP, 2023. 357 p.: il.

5seletividade penal no sistema de segurança pública brasileiro. Sendo assim, nas palavras de Luís Carlos Valois, tem sido fator importante na superlotação do já precário e abandonado sistema penitenciário5, sendo causa de rebeliões, mortes e violências de todas as espécies.

Diante disso, através do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (Tema de Repercussão Geral nº 506), que questiona a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, se discute no Supremo Tribunal Federal a necessidade do estabelecimento de critérios menos discricionários para, nas palavras do Ministro Alexandre de Moraes, ?evitar que uma mesma conduta, dependendo do local, condição social da pessoa ou outros elementos, possa ser definida como tráfico ou como posse para uso pessoal? 6.

Neste sentido, ainda segundo Moraes (2023)7, é importante que sejam estabelecidos critérios mais objetivos para a distinção entre traficantes e usuários, para que assim seja possível reduzir a discricionariedade policial quando do flagrante, bem como do Ministério Público quando da denúncia e da justiça quando da tipificação final da conduta.

Nesta senda, o problema de pesquisa que se busca responder com o presente artigo é como o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pode impactar na população carcerária brasileira. Defende-se, portanto, a importância desta pesquisa pois, a aplicação da Lei de Drogas (Lei 11.342/2006), tem se mostrado ineficaz para com os seus objetivos, tendo em vista que a ausência de um critério objetivo para distinguir o tráfico de drogas para o porte de droga para consumo pessoal, conforme Moraes (2023) tem dado margem para a discricionariedade policial e, com isso, tem sido responsável

por um elevado número de prisões discricionárias.
Portanto, ante à obsoleta política criminal de drogas, a presente discussão se mostra essencial para a busca de um modelo alternativo de política de drogas que não seja orientado pelo paradigma proibicionista e repressivo e que tenha como escopo a busca pela redução das prisões por crimes relacionados a drogas.
Neste sentido, este trabalho terá como objetivo mais amplo identificar o impacto da política de combate às drogas adotadas no Brasil para o superencarceramento e como
7 DE MORAES, Alexandre. RE 63659/SP. Voto do Ministro Alexandre de Moraes proferido em 02/08/2023.
6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659 ? São Paulo. Repercussão geral nº 506 no Recurso Extraordinário.
5 VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, 2021, p.453.
6o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pode impactar na redução destas prisões.
Deste modo, para encontrar uma resposta ao problema de pesquisa proposto, foi necessário compreender alguns aspectos que foram subdivididos em 5 (cinco) capítulos.
Inicialmente, fez-se necessário buscar entender a gênese da política proibicionista de combate às drogas para que assim fosse possível compreender a construção da Lei 11.342/2006, bem como os seus reflexos na sociedade brasileira.
No capítulo seguinte buscou-se entender a importância do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na amortização do superencarceramento causado pela lei de drogas, através de análise dos votos dos ministros e a projeção do impacto da iminente decisão.
Em seguida, para demonstrar o crescimento da população carcerária brasileira, realizou-se uma comparação entre a população carcerária brasileira incidentes nos artigos da lei de drogas desde o início da sua vigência aos dias atuais. Neste sentido, buscou-se analisar dados, levantamentos e estatísticas penitenciárias realizados pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ferramenta utilizada pela Secretaria Nacional de Políticas penais para coletar informações padronizadas e realizar um eficaz mapeamento do sistema penitenciário no Brasil.
A metodologia utilizada foi a pesquisa qualitativa do tipo documental, tendo em vista que para mensurar estatisticamente o aumento gradativo da população carcerária brasileira por crimes relacionados a drogas, foi realizado a análise dos dados e relatórios extraídos pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), bem como pesquisa bibliográfica através de autores de referência mediante suas obras extraídas de repositórios acadêmicos como o repositório institucional da Universidade de São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, bem como periódicos como Scielo e Google Acadêmico.
Nesta senda, cumpre destacar que esta pesquisa não buscou deliberar acerca do processo legislativo que produziu a Lei 11.243/2006, tampouco buscou analisar a lei de drogas sob o crivo do processo penal, mas investigar as possíveis relações entre a Lei de Drogas e o aumento do encarceramento brasileiro, tomando como referência dados extraídos através do SISDEPEN.

72. DA POLÍTICA DE DROGAS ADOTADA NO BRASIL: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOMODELO PROIBICIONISTA.

A utilização de substâncias psicoativas, usualmente chamadas de drogas, não é uma exclusividade da modernidade. É possível observar, historicamente, que há milênios substâncias entorpecentes são utilizadas pelas mais diversas sociedades para fins de cunho personalíssimo, ritualístico, religioso, terapêutico e/ou medicinais.8

Exemplo disso é que, conforme demonstrado por Beatriz Labate, há cerca de cinco milênios, a tribo Pigmeu, habitante na África Central, ao observar como agiam os javalis que se alimentavam de determinado arbusto nativo daquela região, o Tabernanthe iboga, acabaram descobrindo as propriedades alucinógenas geradas através consumo da referida planta, motivo pelo qual passaram a consumi-la sob a lógica do entorpecimento9.

Não obstante, conforme registros deixados em papiros mesopotâmicos, verifica-se que a utilização de opioides e opiáceos na antiga Mesopotâmia era uma prática realizada há cerca de oito milênios. Inclusive, é possível observar que drogas consideradas atualmente como mais pesadas tais quais o ópio, heroína e a morfina, antes de terem sido classificadas como drogas de caráter ilícito, foram amplamente utilizadas pela medicina como alternativa para tratar de alguns problemas na saúde como a dor.10

Sendo assim, Pablo Ornelas Rosa11, aponta que não se trata, obviamente, de um fenômeno hodierno, mas de uma questão milenar que ultrapassa gerações. Portanto, para compreender como se originaram as políticas proibicionistas a nível global e a nível nacional, é indispensável entender como as sociedades mais remotas se comportavam diante destas substâncias.

Desde que passaram a ser utilizadas para fins psicotrópicos, aduz Salo de Carvalho, as drogas passaram a ser objeto de controvérsias e, consequentemente, combatidas pelo Estado.12

12 CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

11 ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014

10 ARAÚJO, Frederico Fonseca Casagrande de. Drogas: Uma análise histórica, social e contextual das políticas proibicionistas e de seus impactos sociais. Monografia. Curso de Direito. Faculdade Vale do Cricaré, São Matheus. 2018, p. 15.

9 LABATE, Beatriz Caiuby. Viagem ao centro do Iboga. 2001.

8 ARAÚJO, Frederico Fonseca Casagrande de. Drogas: Uma análise histórica, social e contextual das políticas proibicionistas e de seus impactos sociais. Monografia. Curso de Direito. Faculdade Vale do Cricaré, São Matheus. 2018, p. 14.

8Historicamente, é possível observar nas civilizações ocidentais e orientais algumas medidas proibitivas adotadas na primeira metade do século XIX. Neste sentido, as primeiras medidas restritivas ao consumo e comércio de drogas adotadas no ocidente, conforme Baesso (2013), citado por Araújo (2018), ocorreram após a revolução industrial, principalmente a partir do desenvolvimento da indústria farmacêutica.

Por sua vez, outro momento histórico que permite entender uma nova ordem internacional em torno da política proibicionista de drogas, desta vez no oriente, é a famigerada Guerra do Ópio travada entre China e Reino Unido.13

Escohotado14 argumenta que a China, ainda na primeira metade do século XIX, adotou uma série de medidas proibitivas contra o comércio do ópio, inclusive, confiscando e destruindo centenas de carregamentos de navios ingleses, maiores exportadores de ópio para a China, o que levou a Inglaterra a invadir a China para garantir a continuidade do comércio de ópio na região.

Ocorre que, o combate mais incisivo contra a produção, comércio e até ao consumo para fins recreativos destas substâncias psicoativas veio tomar proporções globais, quando da adoção de políticas mais severas adotadas pelos Estados Unidos da América.

De acordo com Souza e Calvete (2017)15 uma das principais razões da proibição de psicotrópicos na cultura norte americana, foi a forte influência da ética protestantista, a partir da premissa de que o descontrole e a irresponsabilidade não poderiam ser tolerados, e, portanto, a utilização de substâncias psicoativas deveria ser veementemente combatida, o que demonstra que tais políticas foram influenciadas pelo crivo da moralidade.

Nesta mesma linha, conforme aponta Pablo Ornelas Rosa16, as primeiras medidas proibitivas adotadas pelos Estados Unidos da América na segunda metade do século XIX, foram fundadas em conotações xenófobas e repressivas. Ainda segundo Rosa, esta política era direcionada ao combate ao ópio era amplamente utilizado por imigrantes chineses.

16 ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014.

15 CALVETE, Cássio da Silva; SOUZA, Taciana Santos. História e formação do mercado das drogas. Revista de Economia, v.41, n. 76, p. 401-429, Universidade Federal do Paraná, 2020.

14 ESCOHOTADO, Antônio. História General de Las Drogas. 3. ed. rev.aum. Madri: Alianza, 1995. 3 v

13 RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

9[...] possível constatar a conotação explicitamente racista, xenófoba e repressiva, que provavelmente tem sua procedência no Decreto de Expulsão de Chineses de 1882. Esta lei procurou não somente estigmatizar, mas também criminalizar os chineses que naquele momento eram considerados os grandes consumidores de ópio, tratados, a partir daquele episódio da história, como agressores da cultura e da moral estadunidense. (ROSA, 2014, p. 283)

Já no século XX, as políticas repressivas atinentes ao controle das drogas são munidas de um caráter belicista, principalmente quando da realização da Convenção Única sobre Entorpecentes da ONU em 1961 onde foram fincadas as bases legais da política internacional de guerra às drogas.

Neste sentido, conforme aponta Pilati 17, embora já houvesse uma política de drogas pautada pelo proibicionismo, um marco repressivo foi o governo de Richard Nixon que em 1971 pronunciou-se à população declarando que as drogas eram o inimigo número um dos Estados Unidos da América, declarando o início a uma verdadeira corrida antidrogas.

Neste sentido, atualmente, a temática abordada é regulamentada em sede internacional a partir dos seguintes acordos internacionais: A Convenção Única da ONU

sobre Entorpecentes de 1961, a Convenção da ONU sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e a Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, os quais preveem medidas para a erradicação do tráfico sob a ótica proibicionista.

2.1. O PROIBICIONISMO NO BRASIL E A LEI 11.343/2006

Neste aspecto, é importante compreender a construção do modelo de combate às drogas adotado no Brasil, notadamente a ótica da legislação proibicionista (Lei 11.343/06) que orienta o judiciário e os demais poderes.

No Brasil, há registros de medidas proibitivas, ainda que esparsas, desde a época colonial. Conforme aponta Salo de Carvalho, a incriminação do porte, do comércio ou do uso de determinadas substâncias tóxicas aparecem já nas Ordenações Filipinas no século XVII.18

18 CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

17 PILATI, Rachel Cardoso. Direito Penal Do Inimigo E Política Criminal De Drogas No Brasil: Discussão De Modelos Alternativos. 2011. 164 f. (Dissertação) Universidade Federal de Santa Catarina.

10

No início do século XX, sob influência internacional, que discutia a regulamentação do consumo e comércio do ópio, o Brasil adotou medidas restritivas com o escopo de impedir o uso indiscriminado do ópio e seus derivados, bem como outras substâncias químicas e orgânicas, através do Decreto nº 11.481, aprovado em 1915.19

Contudo, somente na década seguinte, é que foi editado pelo então presidente Epitácio Pessoa um decreto que estabeleceu medidas específicas relacionadas ao comércio de drogas, indicando as penalidades e procedimentos.20

Embora o Código Penal Republicano já tivesse disposição expressa acerca da proibição de determinadas substâncias tóxicas, Maria Lúcia Karam,21 aponta que a criminalização de condutas como a produção, distribuição e consumo de drogas que tornaram-se ilícitas de fato somente ocorreu com o advento das leis penais de 1932, que através do artigo 25, estabeleceu as condutas que configurariam tráfico de drogas instituindo penas privativas de liberdade de uma a cinco anos e multa.

Em seguida, houve a sistematização destas sanções a partir da edição do Código Penal de 194022, sob a ditadura do Estado Novo, prevendo a criminalização do tráfico e também da posse de substâncias entorpecentes.

Verifica-se que, em consonância às experiências internacionais, notadamente norte americana, observa-se que as origens proibicionistas brasileiras se dão em razão de questões não científicas. Nesta linha, inclusive, Moraes (2023) destaca que a proibição da maconha no Brasil, de forma similar aos Estados Unidos, no início do século XX, se deu baseada em questões morais.

A Lei 6.368/76, conhecida por Lei de Tóxicos23, estabeleceu medidas rigorosas para o controle e a repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes, além de prever tratamentos para dependentes químicos.

23 BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 out. 1976.

22 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 23911. Coleção de Leis do Brasil - 194 0, Página 187 Vol.7.
21 KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013
20BRASIL. Decreto nº 4.294, de 06 de julho de 1921. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 13407.
19BRASIL. Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915. Promulga a Convenção Internacional do Ópio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assinados na Haya. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 3597.
11
Sob a vigência desta lei, o uso ou porte de drogas para consumo pessoal era considerado um delito penal, de modo que previa pena de detenção de 6 meses a dois anos. E, por sua vez, impunha penas significativamente mais severas ao delito de tráfico de drogas, de modo que os traficantes estavam sujeitos a penas mais longas que iam de 3 a 15 anos de reclusão, além de condenação ao pagamento de multas, cujo valor variava conforme o caso específico.
Por fim, no ano de 2006 foi configurada a atual Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), que buscando compatibilizar as disposições normativas que a antecedem, prescreveu medidas que preveem a reinserção social dos usuários/dependentes químicos, bem como medidas preventivas voltadas para o controle do uso indiscriminado destas substâncias.
Outro aspecto da referida lei, é que ela traz em seu bojo um avanço no que diz respeito ao reconhecimento da diferença entre o usuário e o traficante, que doravante passaram a ser enquadrados em dispositivos diferentes.
A nova lei de drogas retirou a pena de prisão da posse de drogas para consumo próprio, porém, manteve a sua utilização como crime. O artigo 28 da referida lei, define como usuário aquele que ?adquire, guarda, tem depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar?.24
Neste caso, são previstos 3 (três) tipos sancionatórios (1) a advertência sobre os efeitos das drogas pelo juiz, (2) a prestação de serviços à comunidade num prazo máximo de 5 (cinco) anos que pode ser elevado para 10 (dez) em caso de reincidência, e, por fim, (3) a obrigatoriedade de frequentar um curso educativo sobre as drogas.
Por sua vez, a comercialização destas substâncias continua sendo tipificada como crime, possuindo uma pena máxima de 15 (quinze) anos. Esta previsão está disposta no artigo 33 da Lei de Drogas que caracteriza o traficante aquele que ?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.?25
25 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.
24 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.
12
Portanto, verifica-se que embora a legislação tenha buscado tratar o fenômeno

do controle das drogas a partir de uma lógica mais humana ao retirar a privação da liberdade para os usuários, tem causado efeito diverso daquele pretendido, tendo em vista que tem contribuído fundamentalmente com o aumento do sistema carcerário brasileiro.26

Neste mesmo sentido, argumenta Marcelo Caetano Bittencourt Pizzani Ribeiro de Andrade:

Em face do exposto no presente artigo, portanto, é inegável que o crescimento exponencial do aprisionamento no Brasil guarda estreita relação com a maneira que os atores do sistema de justiça criminal costumam aplicar os dispositivos sancionadores trazidos pela Lei nº 11.343/2006. (ANDRADE, 2023, p.13)

Portanto, além de não proteger a tutela da saúde coletiva, conforme proposto, o encarceramento causado com a sua aplicação tem desrespeitado constantemente a premissa constitucional da dignidade da pessoa humana.

2.2. A PROBLEMÁTICA DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS: COMO DISTINGUIR USUÁRIO DE TRAFICANTE?

Como dito no tópico anterior, em substituição a Lei 6.368/76, a legislação brasileira sobre drogas foi disciplinada pela Lei 11.343/2006 e trouxe em seu bojo, dentre outras alterações, uma inovação: distinção entre usuário e traficante. Com isto, a nova lei de drogas, introduziu mudanças substanciais no tratamento dispensado aos usuários e aos traficantes de drogas de modo que, enquanto impõe ao usuário um tratamento mais sutil, por considerar delito de ínfimo potencial ofensivo, passa a tratar o traficante de drogas com mais severidade.

O artigo 33 da lei de drogas define como traficante aquele que ?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?, impondo uma pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

26 BASÍLIO, Adriene Jayme. A Guerra Contra As Drogas E A Superlotação Carcerária No Brasil. 2022. 62 f. Monografia. Pontifícia Universidade Católica De Goiás, Goiás, 2022.

Por sua vez, a definição de usuário pode ser extraída da leitura do artigo 28 da lei de drogas, a qual dispõe que o usuário é aquele que ?adquire, guarda, tem depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar?.

Contudo, da redação do § 2 do mesmo artigo, verifica-se que cabe ao julgador avaliar se a droga encontrada com o indivíduo se destinava ao uso pessoal, e que, para tanto, deverá levar em consideração aspectos como 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.

Assim prevê o artigo 28 da lei 11.343/2006.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer

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. (BRASIL, 2006)

Da leitura do artigo supramencionado verifica-se que não há um parâmetro preciso de gramatura ou outra medida que permita quantificar o que diferencia o porte de droga para consumo pessoal do tráfico de drogas e sim, critérios pouco objetivos.

Ocorre que, diante do marcante perfil punitivista dos agentes de segurança pública, desde os policiais que apreendem o indivíduo aos magistrados responsáveis pelo julgamento, ficar a critério da subjetividade do julgador quais são os fatores para diferenciar a condição de usuário para traficante é abrir margem para a discricionariedade.

Neste mesmo sentido, assim argumenta Luciana Boiteux 27.

Assim, o sistema brasileiro de controle de drogas atua de forma seletiva e autoritária, pois não limita o poder punitivo, pelo contrário, deixa de estabelecer limites e contornos diferenciadores exatos para as figuras do usuário, do pequeno, médio e grande traficante, e atribui às autoridades, no caso concreto, ampla margem de discricionariedade, o que acarreta uma aplicação injusta da lei. (BOITEUX, 2014, p. 92)

Neste aspecto, embora a lei preceitue que caberá ao juiz, baseado nas circunstâncias da prisão, diferenciar o usuário do traficante, na prática o que se vê é que

27 BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), 2014. p. 92.

esta distinção tem início desde a abordagem da polícia que, geralmente, é a única testemunha do fato, e, tendo em vista que sua palavra goza de presunção de veracidade e de presunção de legitimidade28, é peça fundamental na justificativa para as prisões.29

Neste sentido, Alex Agra Ramos30, chama atenção para o caráter racista e discriminatório do sistema de segurança pública no sentido de que o verdadeiro critério na distinção entre o traficante e o jovem usuário consiste na discriminação.

A diferença entre um traficante e um jovem é dada pelo critério racial e com ele, a diferença entre a vida matável e a vida ser preservada. O crime a ser combatido pouco importa, porque não se combate o crime, se combate aquele que é identificado como criminoso, se combate o inimigo. (RAMOS, p. 269, 2020)

Neste sentido, é importante que seja determinado um parâmetro mais objetivo capaz de distinguir consumo pessoal do tráfico de drogas, tendo em vista que, embora este critério não seja o único e determinante, conforme argumenta Alexandre de Moraes (2023), ?a ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes?.

Portanto, a ausência de um critério mais objetivo, que estabeleça uma quantidade de droga que sirva de parâmetro para o juiz analisar a prisão, tem se mostrado um grave problema de segurança pública, e tem contribuído fundamentalmente com a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, conforme será demonstrado nos capítulos subsequentes.

Neste sentido, Boiteux 31 aduz que:

[...] A atual política criminal de drogas no Brasil é um dos fatores que mais contribuíram para o agravamento da população carcerária. (Boiteux, 2006, p. 233)

Sendo assim, não restam dúvidas que a crise no sistema penitenciário brasileiro foi agravada pela política proibicionista, a qual se manifesta de diversas formas.

31 RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

30 RAMOS, Alex Agra. Dispositivo autocrático de segurança: violência policial e dominação burguesa no Brasil. Salvador, 2020.

29 DE MELO, Michel Cícero M. Acórdãos, Objetos e Territórios: Tráfico de drogas e associação para o tráfico nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 2020. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.

28 Acórdão 1242191, 00011028220198070014, Relator: SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, Segunda Turma Criminal, data de julgamento: 2/4/2020, publicado no PJe: 23/4/2020.

15

Portanto, a abordagem punitiva tem se mostrado ineficaz na redução do tráfico de drogas, enquanto perpetua um ciclo de criminalidade e marginalização. 32

3. ANÁLISE DOCUMENTAL DO SISDEPEN: IMPACTO DA LEI DE DROGAS PARA A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.

A política de combate às drogas adotada no Brasil é regida pela Lei nº 11.343/2006, a qual manteve criminalização do usuário sob o pretexto da prevenção ao uso indiscriminado e garantia do tratamento dos dependentes, com vistas a reinseri-los na sociedade, mas na prática o que se demonstra com a aplicação da referida lei é que jamais a criminalização cumpriu com suas promessas.33

Ademais, da análise dos dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023), verifica-se que o encarceramento por crimes ligados a drogas deu um salto de aproximadamente 300% desde a promulgação da lei de drogas.

Conforme mencionado no capítulo anterior, a ausência de um critério objetivo para o procedimento de distinção entre o consumo próprio e o tráfico de drogas tem contribuído fundamentalmente com a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, pois, a condenação de usuários como se fossem traficantes ajuda a compreender um dos motivos que transformou o Brasil na terceira maior população prisional do planeta34.

Isto ocorre, pois, tal ausência, permite a atuação discricionária do por parte do sistema penal, principalmente quando é a polícia quem classifica a ação do indivíduo, e que em sua maioria será a única testemunha do fato, sendo peça chave para toda a persecução penal.

Portanto, a partir de um estudo descritivo documental da análise dos dados,

levantamentos e estatísticas penitenciárias realizados pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ferramenta utilizada pela Secretaria Nacional de Políticas penais para coletar informações padronizadas e realizar um eficaz mapeamento do sistema penitenciário no Brasil, foi possível analisar o contingente de prisões em razão da lei de drogas.

34 World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research (ICPR), em Birkbeck, Universidade de Londres.

33 PILATI, Rachel Cardoso. Direito penal do inimigo e política criminal de drogas no brasil: discussão de modelos alternativos. 2011. 164 f. Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal De Santa Catarina.

32 WACQUANT, Loïc. As Prisões da Miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

16

3.1. POPULAÇÃO CARCERÁRIA ANTES E DEPOIS DA LEI DE DROGAS.

A Lei 11.343/2006, foi publicada em 24 de agosto de 2006, entrando em vigor a partir do dia 08 de outubro de 2006, revogando expressamente em seu artigo 75, as leis anteriores.

Art. 75. Revogam-se a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. (BRASIL, 2006) 35

Neste sentido, conforme demonstrado anteriormente, a nova lei de drogas trouxe circunstanciais mudanças às legislações anteriores.

Segundo dados extraídos através do último relatório da Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), o Brasil alcançou no segundo semestre de 2023 a marca de 857.999 pessoas em situação de cumprimento de pena, sendo 656.811 em celas físicas (sistema penitenciário e outras carceragens) bem como 201.188 pessoas em prisão domiciliar (com ou sem monitoramento eletrônico) somente no âmbito estadual.36

Por sua vez, no âmbito federal, verifica-se que a população em cumprimento de pena (sistema penitenciário e outras carceragens) consiste em 12.265 pessoas em celas físicas.

É importante ser observado que desde que passou a viger a lei de drogas em 2006, a população carcerária brasileira mais que dobrou, tendo em vista que no ano anterior, sob vigência da Lei nº 6.368/1976 a população carcerária consistia em 401.236 pessoas encarceradas. Ou seja, houve um considerável aumento de 456.763 pessoas privadas de sua liberdade.

Naturalmente, não se pode imputar este aumento considerável unicamente à nova Lei de Drogas, tendo em vista a existência das mais variadas condutas tipificadas no Código Penal. Contudo, não se pode ignorar a sua decisiva influência para a superlotação do sistema carcerário.

Neste sentido, a análise simples dos dados acima mencionados acerca da evolução da população carcerária brasileira entre o período de 2005 a 2023, é um tanto

36 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf

35 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.

17
quanto abstrata. Sendo assim, é importante observar a evolução das prisões especificamente por crimes relacionados à Lei de Drogas.
No 15º ciclo de coleta levantado pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), referente ao segundo semestre de 2023, verifica-se que pelo menos o contingente de 199.731 pessoas respondem por crimes relacionados a Lei de Drogas, sendo que destas, 168.021 respondem pelo crime de Tráfico de Drogas previsto no artigo 33, 25.529 pessoas foram enquadradas no crime de Associação ao Tráfico tipificado no artigo 35, bem como 6.181 pelo crime de Tráfico internacional de drogas previsto no artigo 40 da mesma lei.
Por sua vez, no ano de 2005, ano que antecede o início da vigência da nova lei de drogas, havia no brasil cerca de 31.520 presos pelo crime de Tráfico de entorpecentes e 1.360 pessoas presas pelo crime de tráficos internacional de entorpecentes, totalizando um total de 32.880 pessoas encarceradas37 em razão da aplicação da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.
Fonte: 15º Ciclo Sisdepen (2º semestre de 2023)
Neste sentido, podemos observar que houve um aumento de pelo menos 166.851 pessoas respondendo por crimes relacionados ao envolvimento com drogas ilícitas, o
37 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? InfoPen. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2005.pdf
18
equivalente a 507%. Verifica-se ainda que, até 2006, os presos por crimes relacionados às drogas correspondiam a aproximadamente 8% da população carcerária brasileira, ocorre que, hodiernamente, este percentual consiste em aproximadamente 25%.38
Portanto, é evidente que a aplicação da Lei 11.343/06 contribuiu de forma significativa para o aumento da população carcerária brasileira, uma vez que a falta de critérios quantitativos claros para diferenciar usuários de traficantes cedeu margem para uma atuação discricionária por parte da polícia e do judiciário, resultando em interpretações subjetivas, o que levou ao encarceramento em massa de usuários como se traficante fossem.
3.2 VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO POLICIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS
Conforme exposto nos tópicos anteriores, o parágrafo 2º do artigo 28 da Lei de Drogas, concede margem de discricionariedade ao julgador para, após avaliação de caso concreto, definir se o entorpecente apreendido seria destinado ao uso pessoal ou pra fins de tráfico de drogas, principalmente, em razão da ausência de critérios objetivos que sirvam de parâmetro para que se constate esta diferença, tais como o estabelecimento de gramatura ou outra medida que possibilite a quantificação da droga.
Neste aspecto, conforme aponta o Relatório desenvolvido pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania CESeC (Relatório Um Tiro no Pé, 2021), diante do marcante perfil punitivista dos agentes de segurança pública, desde os policiais que apreendem o indivíduo aos magistrados responsáveis pelo julgamento, ficar a critério da

subjetividade do julgador quais são os fatores quantitativos para diferenciar a condição de usuário para traficante é abrir margem para a discricionariedade.

Ocorre que, esta discricionariedade não tem início quando do julgamento pelo magistrado competente, mas, na verdade, ela ocorre desde a apreensão pela autoridade policial que, conforme a seguir será demonstrado, tem papel determinante quanto a formação da decisão do juízo.

38 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf

19

Conforme Inácio e Bueno, não é plausível que o depoimento de um policial, assim como qualquer outra prova testemunhal de forma isolada, seja considerada prova satisfatória e suficiente para embasar a convicção do juízo para uma eventual condenação, tendo em vista que ?além de não ser neutra ou imparcial, ainda possui o agravante da possibilidade de distorção dos fatos de forma intencional?39.

Ocorre que geralmente os processos que envolvem a Lei de Drogas surgem em decorrência de prisões em flagrante efetuadas pelas autoridades policiais motivo pelo qual, nestes casos é o policial quem poderá narrar as circunstâncias da prisão, informar as características do local de abordagem e afirmar com quem estava a droga.

Portanto, conforme aduz Maria Goete40, o magistrado somente terá o contato com o fato objeto de investigação a partir da perspectiva da autoridade policial que realizou a abordagem e realizou a prisão, momento em que classifica a infração penal, de modo que a palavra do policial tem função determinante na formação do convencimento do magistrado.

Sob essa mesma linha argumentativa, argumenta Boiteux (2014):

Com tais critérios extremamente vagos, e de difícil aplicação, a distinção no caso concreto acaba sendo feita pela primeira autoridade que tem contato com o acusado, prevalecendo a visão subjetiva desta, sendo excessivamente ampla a discricionariedade concedida ao policial. (BOITEUX, 2014, p. 90)

Neste sentido, Luis Carlos Valois41, após análise de inquéritos policiais relacionados aos crimes da lei de drogas, nas capitais de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e também no Distrito Federal, argumenta que 74% das prisões em flagrante pelo crime de tráfico de drogas (Art. 33 da Lei 11.343/06) tem como testemunhas apenas os policiais que realizaram a abordagem.

Para consubstanciar a pesquisa acima mencionada, faz-se mister destacar pesquisa similar realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da Universidade de São Paulo (USP), através de estudo denominado ?Prisão Provisória e Lei de Drogas ? Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo?.

Da análise da pesquisa do NEV, verifica-se que chegou-se a percentual equivalente ao exposto por Valois, qual seja, em 74% das prisões em flagrante em razão

41 VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, p. 493, 2021.

40 JESUS, Maria Gorete Marques de. ?O Que Está no Mundo não Está nos Autos?: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. São Paulo: Tese (Doutorado em Sociologia) ? Universidade de São Paulo, 2015.

39 Mariana Secorun Inácio e Marina Manzoni Bueno, Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021, p. 24.

20

da lei drogas, a testemunha é apenas o policial que realizou o flagrante, acrescentando ainda que, por sua vez, em 26% dos dos casos as testemunhas são a própria autoridade policial mais testemunha civil.

Ademais, o estudo mencionado evidencia ainda que 91% destes processos cuja única prova é o testemunho policial terminam com a condenação do réu pelo crime de tráfico de drogas.

Noutro aspecto, é importante trazer à lume também o levantamento realizado pela Agência Pública, o qual evidencia que nos processos cuja apreensão de droga foi até 10 gramas, em aproximadamente 84% dos casos a única prova considerada irrefutável foram os depoimentos dos policiais que realizaram a apreensão.42

Ainda de acordo com este levantamento, verifica-se das decisões analisadas que nos processos cuja única testemunha são os policiais, houve o percentual de 59% de condenações ao passo que quando houveram testemunhas civis este percentual foi reduzido para 44 %.

Esta diferença também fica demonstrada no que diz respeito ao índice de absolvição, tendo em vista que quando houveram testemunhas civis o índice de absolvição consistiu no percentual de 21 %, ao passo que quando as testemunhas foram apenas policiais o índice de absolvição caiu para apenas 14 %.

Nesta senda, Alba Zaluar 43 afirma que o poder policial e judiciário tem-se posicionado na verdade numa caça aos usuários, e não aos grandes traficantes.

[...] seria melhor se as forças de polícia não fossem empregadas para caçar os consumidores de droga ou os pequenos negociantes, e atribuíssem muito mais seus recursos à repressão de grandes traficantes e de lavadores do dinheiro sujo (ZALUAR, 2007, p. 03).

Portanto, ante todo o exposto, a ausência de critérios objetivos que diferenciem as condutas previstas no art. 28 e no art. 33 da Lei 11.343/06, tem permitido que a palavra dos policiais tenha o papel mais importante nos processos desta natureza, de modo que no fim das contas é quem efetivamente tipifica a conduta praticada pelo sujeito no delito de tráfico de drogas.44

44 Mariana Secorun Inácio e Marina Manzoni Bueno, Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021.

43 ALBA ZALUAR. Democratização Inacabada: Fracasso da Segurança Pública, 2007.

42 DOMENICI, Thiago e BARCELOS, Iuri. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. Disponível em: Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo - Agência Pública. Acesso em: 22/04/2024.

21

4. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POLÍTICA DE DROGAS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RE 635.659.

O Supremo Tribunal Federal (STF), representa a instância superior do Poder Judiciário brasileiro, desempenhando uma função primordial na salvaguarda da ordem jurídica e na preservação dos preceitos estabelecidos na Constituição Federal.

Sendo assim, como órgão guardião da Carta Magna, compete-lhe a missão precípua de assegurar a conformidade das leis e atos normativos infraconstitucionais com os ditames constitucionais, consubstanciando-se, portanto, como o bastião máximo da legalidade e da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro.
Assim, dispõe o caput do artigo 102 da Constituição de 1988:
Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
Neste sentido, conforme delineado nos capítulos anteriores, a aplicação da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) tem causado uma série de problemas no âmbito da segurança pública, sobretudo porque tem contribuído significativamente para a superlotação das prisões no Brasil, uma vez que parcela considerável da população carcerária encontra-se detida pela incidência no crime de tráfico de drogas, fato que quem tem agravado as condições já precárias do sistema prisional nacional.
Diante desta problemática, através do julgamento do Recurso Extraordinário (635.659), avalia-se a consonância, ou não, do artigo 28 da Lei 11.343/2006, que trata do porte de drogas para uso pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada sob pena de violação ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.
Este julgamento tem atraído significativa atenção devido às suas implicações na política de drogas, direitos individuais e segurança pública.
Para compreender o julgamento em sua integralidade, necessário se fez analisar os autos mediante acesso ao Supremo Tribunal Federal.
Defende-se a importância dessa metodologia de busca, pois ela facilita o acesso às informações essenciais para o entendimento e o acompanhamento desse julgamento, já que permite a localização mais precisa de documentos, incluindo decisões, acórdãos, votos dos ministros, despachos e pareceres.
Neste sentido, foi adotado esse meio de pesquisa também em razão da sua confiabilidade, pois, o site do STF é atualizado constantemente para refletir os últimos
22
acontecimentos e decisões relacionados ao RE 635659. Esta atualização contínua assegura que as informações disponíveis são sempre as mais recentes, permitindo que os usuários se mantenham informados sobre o progresso e os desdobramentos do caso.
Portanto este suporte de busca permite uma análise detalhada dos argumentos apresentados, das fundamentações jurídicas e das interpretações dos ministros.
4.1. PERCURSO METODOLÓGICO EMPREGADO PARA ANÁLISE DO JULGAMENTO
Para obter os resultados pretendidos, quais sejam, as informações preliminares, partes e decisões no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, necessário se fez adentrar ao sítio eletrônico do Supremo, mediante acesso ao link
https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145.
Em seguida, ao clicar na aba ?Processos? e digitar o número do processo originário (0018946-13.2009.8.26.0161), ou clicar na aba ?Repercussão Geral? e colocar o número do tema, neste caso o 506, somos imediatamente direcionados a página onde temos acesso a todas as informações necessárias para o desenvolvimento

deste trabalho.
A partir do acesso ao sítio eletrônico mencionado, podemos ter acesso às publicações durante o julgamento mediante acesso ao ?Diário da Justiça Eletrônico (Dje)?, a ?Jurisprudência? (reconhecimento da repercussão geral, publicada em 09/03/2012), bem como ao leading case que nos fornece as informações gerais do processo, e, por fim acesso às peças processuais, tais como pedidos de ingresso como Amicus Curiae, sustentação oral etc, bem como acesso ao despachos e decisões prolatadas, mediante acesso a aba ?Peças?.
Por sua vez, não foi possível obter acesso ao inteiro teor do votos de todos os ministros, uma vez que alguns votos ainda não foram disponibilizados. Neste sentido, buscando a íntegra/inteiro teor dos votos dos ministros, tendo em vista a escassez em outros meios de pesquisa, necessário se fez entrar em contato, através de e-mail, com a Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do Supremo Tribunal Federal, setor responsável pelas pesquisas judiciárias no âmbito do supremo.
Neste momento, obtive o seguinte esclarecimento: ?Informamos que o referido julgamento ainda não foi finalizado, conforme o andamento processual, o julgamento foi suspenso por motivo de pedido de vista, e os ministros que votaram, ainda não
23
disponibilizaram seus votos. Sendo assim, só conseguimos disponibilizar os votos, no final do julgamento, com a publicação do referido acórdão."
Diante disso, obtive acesso tão somente ao inteiro teor dos votos do ministros Alexandre de Moraes, do relator Gilmar Mendes, Luis Roberto Barroso, e do Fachin, não foi possível ter acesso ao inteiro teor de todos os ministros, motivo pelo qual se fez necessário buscar fontes jornalísticas confiáveis, bem como ouvir os votos disponibilizados em plataformas de audiovisual, tais como o canal oficial do Supremo Tribunal Federal no YouTube.
4.2. DESCRIÇÃO DO JULGAMENTO
O referido julgamento foi iniciado após a interposição de recurso em favor de um condenado por porte de 3g (gramas) de cannabis sativa (maconha) que o Recorrente alegava ser para consumo próprio. Ocorre que, diante da condenação, a Defensoria Pública do estado de São Paulo interpôs recurso sob a alegação da inconstitucionalidade do art. 28, em face da violação do art. 5º, X, da Constituição Federal.
Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988)
Assim, no decorrer do julgamento, explicou o ministro relator Gilmar Mendes45:
No caso em análise, o art. 28 é impugnado sob o enfoque de sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. Não se funda o recurso na natureza em si das medidas previstas no referido artigo, mas, essencialmente, na vedação constitucional à

criminalização de condutas que diriam respeito, tão somente, à esfera pessoal do agente incriminado. (2015, p. 3 e 40)

Em dezembro de 2011, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a existência de repercussão geral na questão em debate sobre a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas (STF, 2011), motivo pelo qual o Ministro Gilmar Mendes, sorteado relator do caso, destacou a relevância social do tema

45 MENDES, Gilmar Ferreira. RE 63659/SP. Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes proferido em 20/08/2015.

24

e defendeu a importância da Corte se manifestar para pacificar a questão da possibilidade de descriminalização do porte de drogas para consumo próprio.

O julgamento teve início no Plenário do Supremo Tribunal Federal em 19 de agosto de 2015, e foi suspenso em setembro do mesmo ano após o pedido de vista do Ministro Teori Zavascki.

FICHA TÉCNICA LEADING CASE INSTÂNCIA RELATOR PROC.
ORIGINÁRIO
RECURSO
EXTRAORDINÁRIO
635.659
STF GILMAR
MENDES
0018946-13.2009.8.
26.0161
TRAMITAÇÃO PROTOCOLO
DA AÇÃO
RECONHECIMENTO DA
REP. GERAL (TEMA 506)
STATUS ATUAL
22/02/2011 09/12/2011 EM JULGAMENTO

Fonte: Supremo Tribunal Federal.

Após o falecimento do Ministro Teori Zavascki, o processo foi redistribuído, e novos debates surgiram, especialmente com a mudança de composição do STF. E, desde então, dos 11 (onze) ministros que compõem a Suprema Corte, votaram apenas 8 (oito). Dentre estes, os ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Rosa Weber votaram de forma favorável ao afastamento da criminalização do porte de maconha para consumo próprio. Por sua vez, os ministros Cristiano Zanin Martins, Kássio Nunes Marques e André Mendonça posicionaram-se de forma oposta.

Dessa forma, até o momento, o julgamento registra um placar de 5 a 3, com maioria de votos para afastar a criminalização do porte de maconha para consumo próprio. Contudo, o processo encontra-se suspenso após pedido de vistas do Ministro Dias Toffoli, para melhor análise, portanto, além de seu voto, ainda votarão os ministros Luiz Fux e Cármen Lúcia.

Conforme supracitado, o tema em julgamento trata da constitucionalidade dos

tipos penais do art. 28 da Lei 11.343/06, de modo que se discute a inexistência de lesividade na conduta de porte de droga para consumo pessoal e o exercício da
25
autonomia privada, a qual é constitucionalmente protegida pelo direito à vida íntima, não havendo, portanto, qualquer ofensa à tutela da saúde pública.

Portanto, o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635.659, em andamento no Supremo Tribunal Federal (STF), representa um marco significativo na interpretação e aplicação da legislação brasileira referente ao porte de drogas para uso pessoal, e, sua decisão poderá ser um importante passo no caminho para amortização dos efeitos desta política que tem se demonstrado ineficaz em seus objetivos.

4.3. OS VOTOS DOS MINISTROS

Conforme já demonstrado, o Ministro Gilmar Mendes é o relator do julgamento ora analisado. Ainda em 2015, o ministro votou a favor da descriminalização do porte de qualquer tipo de droga desde que para consumo pessoal (STF, 2015).

O ministro iniciou sua abordagem, prestando esclarecimentos, sob a ótica do princípio da proporcionalidade, acerca dos crimes de perigo abstrato e as políticas regulatórias no contexto da Lei de Drogas, notadamente em relação ao usuário.

Em seu voto, Mendes destacou que não existem estudos suficientes ou incontroversos que demonstrem que a proibição é o meio mais eficaz no combate ao tráfico de drogas, enfatizando ainda que, em que pese tenha sido aplicada esta política de drogas, frequentemente chamada de "Guerra às Drogas", o tráfico tem aumentado consideravelmente nas últimas décadas.

O relator, destacou a importância de definir uma distinção precisa entre tráfico de drogas e posse para consumo pessoal, sob o argumento de que esta é crucial para o destino da pessoa abordada, tendo em vista que ela pode ser presa por até quinze anos, se condenada por tráfico, ou permanecer livre, sujeita apenas a medidas transitórias previstas no artigo 28, sem repercussões penais, se classificada como usuária.

O ministro demonstrou extrema preocupação quanto à seletividade do sistema penal, com indicações de tratamento mais rigoroso para pessoas em situação de vulnerabilidade, especialmente os viciados, tendo em vista que a interpretação subjetiva dos fatos pode levar a decisões arbitrárias.

?Da mesma forma, a percepção geral é de que o tratamento criminal aos usuários de drogas alcança, em geral, pessoas em situação de fragilidade econômica, com mais dificuldade em superar as consequências de um processo penal e reorganizar suas vidas depois desqualificados como criminosos por condutas que não vão além de mera lesão pessoal.
26
Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional.? (MENDES, STF, 2015)

Argumenta ainda, noutro aspecto, que o consumo de qualquer substância é uma decisão estritamente privada, e qualquer dano decorrente disso afeta principalmente a saúde do próprio usuário, motivo pelo qual proibir esse consumo é desrespeitar a

decisão individual do ser de arriscar a própria saúde, afastando, portanto, a saúde pública como bem jurídico tutelado.
Neste sentido, vota pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, afastando, portanto, qualquer efeito penal no dispositivo. Porém, mantendo as medidas administrativas até nova legislação específica.
?Tendo em conta os resultados retratados na pesquisa sobre práticas integrativas, há pouco noticiada, afigura-se que a aplicação, no que couber, das medidas previstas no referido artigo, sem qualquer efeito de natureza penal, mostra-se solução apropriada, em caráter transitório, ao cumprimento dos objetivos da política nacional de drogas, até que sobrevenha legislação específica.? (MENDES, STF 2015)
É importante destacar ainda que, no decorrer do julgamento, após o voto de Alexandre de Moraes, o ministro relator reajustou seu voto no sentido de descriminalizar tão somente o porte de maconha.
Em seguida, o ministro Edson Fachin também manifestou seu voto nos termos do relator, Gilmar Mendes, se alinhando ao pensamento de que o consumo de drogas deve ser considerado como fato da autodeterminação individual, de modo que tal consumo diz respeito à intimidade e privacidade do indivíduo (STF, 2015).
Fachin destaca ainda que, o caso em análise envolve especificamente o porte de maconha, e, que por prudência judicial, a decisão do Supremo Tribunal Federal de descriminalizar o porte de drogas para consumo pessoal deve ser limitada a essa substância.
O ministro Fachin faz questão de destacar que, sob a sua ótica, os critérios ou parâmetros objetivos para diferenciar o traficante do usuário deve ser fixado tão somente pelo Congresso Nacional.
Por sua vez, o ministro Luís Roberto Barroso, assim como Gilmar Mendes e Edson Fachin, também destacou que a medida implica que o Estado não tem autoridade para interferir ou punir o porte de drogas para consumo pessoal (STF, 2015).
27
Ocorre que, faz questão de frisar que tal medida não é equivalente à legalização do consumo de qualquer droga ilícita, nem mesmo a maconha, embora reconheça a inconsistência de descriminalizar o consumo enquanto a produção e distribuição de drogas continuam sendo crimes.
Barroso, demonstrando notória preocupação com o encarceramento gradativo da população brasileira, fez questão de ressaltar as implicações da criminalização do porte de pequenas quantidades de maconha para o elevado número de prisões no Brasil, especialmente entre jovens negros. Argumentando ainda que, é fundamental estabelecer uma quantidade específica para diferenciar o usuário do traficante.
Para a determinação do critério quantitativo na distinção entre usuário e traficante, o Ministro Luís Roberto Barroso, cita critérios adotados em outros países como exemplos a serem considerados. O Ministro esclarece que no Uruguai é adotado o critério de 40 gramas, na Espanha o critério de 100 gramas e, em Portugal, o qual considera uma experiência de sucesso, 25 gramas.
Diante disso, baseando-se nestes modelos, Barroso estabelece um critério

quantitativo de 25g como o limite para presumir o portador como usuário, argumentando que esta presunção é tão somente inicial, de modo que pode ser refutada pelo magistrado de acordo com as circunstâncias no caso concreto. Noutro aspecto, no que diz respeito ao cultivo de Cannabis para consumo próprio, o Ministro propõe um limite de até 6 plantas fêmeas.

Em sequência, o Ministro Alexandre de Moraes argumenta que a problemática na aplicação da lei diz respeito ao artigo 28 da Lei de Drogas, pois, em sua visão, tal disposição aumentou a discricionariedade tanto da autoridade policial quanto do Ministério Público e das autoridades judiciais.

Argumentou ainda que, com a nova lei, o que antes era classificado como usuário passou a ser rotulado como pequeno traficante, acarretando em penas mais severas, e superlotando o sistema carcerário.

Diante disso, o Moraes votou pela descriminalização do porte de maconha para uso pessoal, propondo que seja presumido usuário aquele que guarde, tenha, transporte ou traga consigo até 60 gramas de maconha, ou seis plantas fêmeas.

Argumentou com isto que essa presunção seria relativa, permitindo à autoridade policial considerar outros critérios que possam caracterizar o tráfico de entorpecentes, tais como, a forma de acondicionamento, a diversidade de entorpecentes encontrados
28
com a pessoa, e a apreensão de instrumentos, como balanças, cadernos de anotação e celulares.

Moraes esclarece ainda que estes critérios devem ser considerados durante a audiência de custódia, e, portanto, se o indivíduo estiver com quantidades inferiores às estabelecidas, a autoridade judicial deverá fundamentar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva com base em outros critérios que caracterizem o tráfico.

Por outro lado, se a quantidade encontrada for superior à presumida para uso pessoal, a autoridade judicial deverá permitir que o indivíduo comprove que se trata de um usuário e não de um traficante.

No seu voto, a Ministra Rosa Weber também seguiu o entendimento do ministro relator, manifestando seu voto no sentido da descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, ajustando sua posição para que o julgamento se aplicasse exclusivamente ao porte de maconha, argumentando estar plenamente convencida de que é mais apropriado restringir o julgamento apenas a essa substância.

Weber, argumentou que, durante suas visitas nas unidades prisionais brasileiras, como presidente do Conselho Nacional de Justiça, pôde observar de perto a gravidade da situação de tais unidades e que a política de drogas ora aplicada tem contribuído de forma contundente para o agravamento desta situação.

Noutro aspecto, argumentou ainda que o consumo estritamente pessoal de drogas representa um risco à saúde individual do usuário e, portanto, deve ser tratado no âmbito das políticas públicas de saúde e reinserção social, em vez de ser abordado predominantemente pelo aparato penal do Estado.

Ancorada nestes argumentos, a Ministra aderiu ao critério estabelecido pelo Ministro Alexandre de Moraes para diferenciar usuários de traficantes, que é de até 60 gramas de maconha para ser classificado como porte pessoal. Neste sentido, o Ministro

Luís Roberto Barroso, originalmente propondo um limite de 25 gramas, demonstrou estar aberto a ajustar seu voto para se alinhar à maioria em relação à quantidade estabelecida.

O Ministro Cristiano Zanin Martins, primeiro a negar provimento ao Recurso, abriu a divergência no julgamento e votou contra a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343 sob o argumento de que isto poderia potencializar o problema do encarceramento, pois, sob a sua ótica, seriam removidos os únicos parâmetros legais disponíveis para distinguir entre o usuário e o traficante.

29

Neste sentido, o ministro votou pela constitucionalidade do referido artigo, notadamente chamando atenção pela manutenção do critério já existente no parágrafo 2º.

Contudo, em que pese tenha se posicionado de forma divergente, segue a maioria no no que diz respeito a quantidade de maconha a ser fixada como parâmetro orientador que sirva de limite para distinguir uso e tráfico, ou seja, 25 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, propondo a seguinte redação:

?1) É constitucional o artigo 28 da Lei 11.343.

2) Para além dos critérios estabelecidos no parágrafo 2º do artigo 28 da Lei 11.343 para diferenciar o usuário de maconha do traficante, o tribunal fixa, como parâmetro adicional, a quantia de 25 gramas ou seis plantas fêmeas para configuração de usuário da substância, com a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante fundamentação exauriente das autoridades".? (MARTINS, STF, 2023)

O Ministro André Mendonça adota uma posição cautelosa, argumentando que tal medida poderia ser interpretada como um aval para o consumo o que, potencialmente, acarretaria prejuízos à saúde pública.

Ademais, entende que a discussão sobre a descriminalização deve ocorrer dentro do poder legislativo, respeitando o devido processo democrático. Neste sentido, propõe que seja declarada a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas e seja estabelecido um prazo para o Congresso Nacional deliberar a temática e definir critérios objetivos para diferenciar o porte para consumo pessoal e para tráfico de drogas.

Noutro aspecto, propõe ainda que sejam caracterizados como usuários aqueles que portarem até 10g de maconha, o que acredita ser equivalente a 36 cigarros, até que o Congresso delibere sobre o assunto.

Por fim, o Ministro Kassio Nunes Marques, vota em posição alinhada com a visão de que a descriminalização do porte de maconha para uso pessoal deve ser uma decisão do Legislativo e não do Judiciário.

O Ministro destaca ainda que, em sua ótica, o consumo de drogas vai além do próprio usuário tendo em visto que afeta também a sociedade em geral e que, portanto, a manutenção da criminalização, conforme previsto no artigo 28, funciona como um fator inibitório tanto para o consumo quanto para o tráfico de entorpecentes.

Por fim, o ministro Dias Toffoli, pediu vista para examinar de forma mais minuciosa o processo antes de proferir seu voto e terá até 90 dias para explorar o

30

processo antes de devolvê-lo para Barroso. E, como supramencionado, após seu voto, ainda votarão os ministros Luís Fux e Cármen Lúcia.

5. IMPACTO DO JULGAMENTO DO RE 635.659 NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

A descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal está a um passo de se tornar realidade no Brasil, uma vez que, conforme exposto no capítulo anterior, cinco ministros já proferiram votos favoráveis à medida, motivo pelo qual resta apenas mais um voto favorável para que se forme a maioria.

Diante da iminente decisão favorável à descriminalização do porte de maconha para uso pessoal no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, torna-se fundamental considerar as consequências do afastamento da incidência do Direito Penal nesse contexto específico e quais as potenciais consequências para a sociedade.

Neste sentido, em se confirmando a descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal, bem como estabelecido um critério objetivo quantitativo que sirva de parâmetro limite para qualificar o usuário ou o traficante, quais seriam os impactos desta decisão, notadamente no âmbito do sistema carcerário brasileiro?

Inicialmente, o primeiro impacto seria no âmbito do poder judiciário brasileiro, uma vez que as pessoas apreendidas com drogas, dentro dos limites estabelecidos pelo supremo, não seriam mais presas ou processadas como se traficante fossem, desde que ausentes os outros elementos que denotem tráfico, tais como balança de precisão, arma, munição, anotações contábeis referentes ao comércio de substâncias ilícitas e etc.

Diante disso, levando em consideração a média de crescimento do número de presos e processados em razão da Lei de Drogas desde 2006, a medida indica uma possível redução no número de processos judiciais em trâmite no judiciário, uma vez que, em sua maioria, são presos com pouca quantidade de drogas. Para consubstanciar isto, Marcelo Semer46 aponta que aproximadamente 50% dos encarcerados foram presos por estar na posse de menos de 100 gramas de maconha ou 50 gramas de cocaína.

Cumpre destacar, portanto, que a quantidade de drogas apreendidas tem sido fundamental no enquadramento do agente como usuário ou traficante.

46 SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019, p. 285-286.

31

Ocorre que, mesmo fixado um novo parâmetro, não se pode falar em soltura automática dos presos ou medidas similares, uma vez que a quantidade de substância não é o único critério para caracterizar alguém como traficante.

Sendo assim, os detentos serão potencialmente impactados pelo julgamento, pois, uma vez que tais critérios serão meramente orientadores, devem buscar a jurisdição para solicitar uma revisão criminal, na qual suas penas serão reavaliadas à luz dos novos parâmetros e das circunstâncias específicas de seus casos, momento em que será decidido pela reclassificação, ou não, da conduta para consumo pessoal.

Por sua vez, à médio prazo, o impacto desta decisão atingiria o sistema carcerário brasileiro, uma vez que, superada a adoção dos critérios subjetivos transferidos à estrutura do Poder Judiciário para definir o usuário e o traficante, os quais são fundamentados nas circunstâncias sociais e pessoais, localidade e condições em que

se desenvolveu a ação, e adotados parâmetros quantitativos objetivos, evitando, assim, que o subjetivismo das autoridades gerem decisões contraditórias, a tendência é uma redução da superlotação carcerária.

Para consubstanciar isso, faz-se mister sublinear a perspectiva apresentada pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) em conjunto com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos do Ministérios de Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP), em torno do julgamento do crime de tráfico de drogas no judiciário brasileiro.

Os cenários analisados pelo IPEA e SENAD/MJSP, tiveram como base os critérios sugeridos em nota técnica do Instituto Igarapé colacionado aos autos em 2015, a qual pugna pela urgência de estabelecimento de parâmetros objetivos na distinção entre traficante e usuário, a partir dos quais os agentes públicos possam avaliar de forma mais precisa e justa.

A nota técnica do Instituto Igarapé, pelos especialistas que a subscrevem, destaca ainda que parâmetros propostos, e, eventualmente adotados pelo Supremo, tem natureza de presunção relativa, uma vez que julgador pode, desde que de forma fundamentada, desconsiderar tais critérios se os demais critérios legais apontarem para a condição de traficância.

De acordo com a referida nota técnica, para adotar esses parâmetros, foram consideradas as experiências internacionais, os padrões nacionais de consumo de drogas e a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal.

32

CENÁRIO 1 CENÁRIO 2 CENÁRIO 3

25 gramas 40 gramas 100 gramas

6 plantas fêmeas 10 plantas fêmeas 20 plantas fêmeas

Fonte: Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA)

A definição por algum destes critérios para distinguir usuários e traficantes pode atingir de forma significativa os casos em andamento, potencialmente resultando na reclassificação de alguns indivíduos que anteriormente eram considerados traficantes como simples usuários de drogas. Inclusive, para além da definição de gramatura, destaca-se a importância de definição da quantidade de plantas para cultivo, para evitar possíveis erros que levem ao enquadramento no inciso II do §1º do art. 33.

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.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

[...]

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; (BRASIL, 2006)

De acordo com o resultado final da pesquisa do IPEA, se adotados os critérios previstos no ?Cenário 1?, ou seja, gramatura no limite de 25 gramas ou 6 (seis) plantas fêmeas, conforme sugerido pelos ministros Cristiano Zanin Martins e Kássio Nunes Marques no durante o julgamento do RE 635.659, aproximadamente 27% dos presos condenados por tráfico de drogas, cuja a substância apreendida foi maconha, poderiam ter suas penas revistas para uma possível requalificação da condição de traficante para usuário.

33

Por sua vez, a adoção do critério proposto no ?Cenário 2?, o qual estipula o limite de 40 gramas de maconha ou 10 (dez) plantas fêmeas, poderia resultar na revisão das penas de aproximadamente 33% dos condenados. Em consonância a este cenário, os ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso propuseram um limite de 25 a 60 gramas, bem como o cultivo de até 6 plantas fêmeas, de modo que entre 27 e 40 % das penas podem ser revistas.

E, finalmente, se adotado o critério do ?Cenário 3?, cujo limite seria maior, na gramatura de 100 gramas de maconha ou 20 (vinte) plantas fêmeas, limite que chegou a ser proposto pelo ministro Luís Roberto Barroso, cerca de 48% dos condenados por tráfico poderiam ter suas penas revistas.

Vale destacar ainda que, o Ministro André Mendonça propôs o limite de até 10 gramas, o que, segundo Marcelo Semer, após denso estudo acerca do papel dos juízes no encarceramento47, representa aproximadamente 14% das prisões por porte de maconha.

Ademais, o estudo do Ipea, demonstra ainda que, para além da maconha, no caso da cocaína, pelo menos o percentual de 31% dos presos por tráfico poderia ter sua pena revista caso o Supremo fixasse um parâmetro de 10 gramas, bem como o percentual de 37% caso fosse fixado o limite de 15 gramas.

Sendo assim, o estudo projeta a possibilidade de reclassificar como porte para uso de drogas, aproximadamente, entre 27 e 48% das apreensões de cannabis e entre 31 e 37% das apreensões de cocaína.

Neste sentido, à luz do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, verifica-se que os critérios sugeridos pelos ministros estão, em sua maioria, em consonância aos critérios adotados pelo Ipea na realização de sua pesquisa.

Em tempo, é importante destacar ainda que o julgamento do Recurso Extraordinário 635.59 está em curso há aproximadamente 9 (nove) anos. E, esta morosidade na definição, pode ter contribuído para o aumento da população carcerária, conforme verifica-se dos dados extraídos através do SISDEPEN.

De acordo com os dados extraídos pelo SISDEPEN, observa-se no levantamento realizado no último semestre de 2014, ano que antecede o início do julgamento, que o Brasil tinha à época um contingente de 147.475 pessoas privadas de liberdade por crimes relacionados à lei de drogas.

47 SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019.

34

Ocorre que, diante da morosidade no julgamento, este contingente cresceu

significativamente, alcançando a marca aproximada de 200.000 presos no segundo semestre de 2023, conforme 15º ciclo de coleta levantado pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ou seja, um aumento de aproximadamente 35%.

Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN - 15º ciclo de coleta).

Sendo assim, destaca-se que, levando em consideração os cenários apresentados pelo Ipea, este aumento poderia ter sido evitado se o julgamento já houvesse sido definido. Portanto, conforme argumenta Alexandre de Moraes48, a fixação de critérios mais objetivos para a distinção entre traficantes e usuários levariam a diminuição da discricionariedade policial no momento da realização do flagrante e, posteriormente, a discricionariedade do Ministério Público no momento da denúncia e a judicial na tipificação final da conduta, o que, consequentemente reduziria o número das prisões em razão da lei de drogas.

48 DE MORAES, Alexandre. RE 63659/SP. Voto do Ministro Alexandre de Moraes proferido em 02/08/2023, p. 25-27.

35

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou compreender os fundamentos da configuração da Lei 11.343/2006, bem como, ancorado em dados estatísticos, entender os reflexos da sua aplicação no sistema penitenciário brasileiro.

Para tanto, foi traçada uma perspectiva histórica acerca da utilização de substâncias psicoativas, bem como as origens da política proibicionista de drogas buscando entender suas causas e consequências. Sendo assim, foi possível vislumbrar que há milênios essa prática é utilizada pelas mais diversas culturas para os mais variados fins, sejam eles ritualísticos, religiosos ou de cunho pessoal.

Após isto, buscou-se compreender as raízes do proibicionismo no Brasil, momento em que observou-se que o proibicionismo foi alicerçado, notadamente por questões morais, econômicas e sociais, ou seja, embora criado sob o crivo da proteção da saúde pública, este argumento, na verdade, se mostra secundário.

Buscando compreender o impacto da Lei de Drogas no sistema carcerário brasileiro, foi realizada uma pesquisa do tipo documental com análise dos dados estatísticos do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN). Neste momento, através do levantamento realizado, observou-se que após o advento da lei de drogas, a população carcerária brasileira mais que dobrou, e, embora não se possa imputar este crescimento unicamente à Lei de Drogas, não se pode ignorar sua decisiva influência para que fossem atingidos estes números.

Conforme os dados levantados, o número de presos por crimes relacionados a drogas no Brasil sob a vigência da Lei nº 6.368/76 consistia no montante de 32.880 até o fim de 2005. Por sua vez, com o advento da Lei nº 11.343/06, Lei de Drogas em vigor, este número atingiu o contingente de 199.731 presos, portanto, verificamos um aumento de pelo menos 166.851 pessoas privadas de liberdade em razão desta lei, ou seja, um impactante aumento no percentual de aproximadamente 507%.

Por fim, foi analisado o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (Tema

506), buscando compreender os possíveis impactos da eminente decisão pelo Supremo Tribunal Federal que, descriminalizando ou não o porte para consumo pessoal da maconha, fixará um critério objetivo que servirá de parâmetro para auxiliar no julgamento dos crimes relacionados a drogas.

Conforme exposto, os critérios sugeridos pelos ministros variam do limite mais conservador de apenas 10 gramas de cannabis, para a gramatura mais liberal de 100 36
gramas, destacando ainda que, em sua maioria, os ministros sugeriram que seja fixado o parâmetro de 25 gramas ou 6 plantas fêmeas para cultivo.

Assim, após análise dos estudos realizadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) em conjunto com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos do Ministérios de Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP), foi possível chegar a conclusão de que se estabelecido um critério de 25 gramas de maconha ou 6 plantas fêmeas 27% dos presos por porte de maconha poderão ter suas penas revistas, se fixado um parâmetro de 40 gramas ou 10 plantas fêmeas este percentual seria de pelo menos 33%, e, por, fim, se fixado o parâmetro de 100 gramas, cerca de 48% dos presos poderiam pedir revisão criminal e ter suas penas revistas.

Conclui-se, portanto, que ante todo o exposto no decorrer deste trabalho, a Lei 11.343/06, teve papel decisivo no aumento da população carcerária brasileira. Principalmente porque, a ausência de critérios quantitativos claros para distinguir o usuário do traficante deixou lacunas legais que permitiram a atuação discricionária do poder público, notadamente pelos policiais e juízes.

A decisão do Supremo Tribunal em estabelecer um parâmetro objetivo para distinguir entre usuários e traficantes de drogas é uma medida importante, ainda que não resolva de imediato a problemática da superlotação carcerária. No entanto, essa decisão tem o potencial de conter o crescimento exponencial da população prisional, o que, por sua vez, poderá contribuir para a redução da superlotação ao longo do tempo.
37

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Marcelo Caetano Bittencourt Pizzani Ribeiro. Análise Crítica dos Impactos da Lei 11.343/06 nos Rumos do Encarceramento no Brasil. Fortaleza/CE, Vol. 11, Edição 231, 2023. Disponível em: http://dx.doi.org/10.35265/2236-6717-231-12510. Acesso em 23 jun. 2024

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659. Tema: Repercussão Geral 506. Recorrente: Francisco Benedito De Souza. Recorrido: Ministério Público Do Estado De São Paulo. Relator: Gilmar Mendes. Órgão De Origem: TJSP - 1º Colégio Recursal - Central São Paulo. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145. Acesso em 12 mai. 2024.

_____. Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915. Promulga a Convenção Internacional do Ópio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assinados na Haya. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 3597. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D11481.html. Acesso em: 16

jun. 2024
_____. Decreto nº 4.294, de 06 de julho de 1921. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 13407. Disponível em:https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-publicacaooriginal-92525-pl.html. Acesso em 16 jun. 2024
_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 23911. Coleção de Leis do Brasil - 194 0, Página 187 Vol.7. 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: 14 jun. 2024
_____. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 out. 1976. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6368-21-outubro-1976-357249-norma-pl.html. Acesso em: 10 mai. 2024
_____. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2
BASILIO, Adriene Jayme. A Guerra Contra As Drogas E A Superlotação Carcerária No Brasil. 2022. 62 f. Monografia. Pontifícia Universidade Católica De Goiás, Goiás, 2022.
BLOCK, Walter. Drug prohibition: a legal and economic analysis. Journal of Business Ethics, Worcester, v. 12, p. 689-700, set. 1993.
BOITEUX, Luciana. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade. 273 f. Tese (doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em:
38
https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf Acesso em: 12 mai. 2024.
_____, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), 2014. p. 92.
CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.
COFFI, Pedro Pasquotto. A ausência de critérios objetivos na lei 11.343/2006. 2018. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Penal e Criminologia. Porto Alegre. 2018, P. 37.
DE MELO, Michel Cícero M. Acórdãos, Objetos e Territórios: Tráfico de drogas e associação para o tráfico nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 2020. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.
DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2005.

Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf. Acesso em: 27 mai. 2024

DOMENICI, Thiago e BARCELOS, Iuri. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. Disponível em: Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo - Agência Pública.

ESCOHOTADO, Antônio. História General de Las Drogas. 3. ed. rev. aum. Madri: Alianza, 1995. 3 v

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf. Acesso em: 12/04/2024. Acesso em: 30 mai. 2024.

JESUS, Maria Gorete Marques de. ?O Que Está no Mundo não Está nos Autos?: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. São Paulo: Tese (Doutorado em Sociologia) ? Universidade de São Paulo, 2015.

KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013. Disponível em: http://dspace/xmlui/bitstream/item/6937/PDIexibepdf.pdf?sequence=1. Acesso em: 11/11/2024

39

LABATE, Beatriz Caiuby. Viagem ao centro do Iboga. Publicado em: http://www.terramistica.com.br/index.php?add=Artigos&file=article&sid=56&ch=4. Acesso em: 16 de jun. 2024

INÁCIO, Mariana Secorun; BUENO, Marina Manzoni. Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021.

PAIS, T.A. ?Drug Profiling: O caso da Heroína?. 2011. 92 f. Dissertação apresentada para provas de Mestrado em Química Forense, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.

PILATI, Rachel Cardoso. Direito Penal do Inimigo e Política Criminal de Drogas no Brasil: Discussão de Modelos Alternativos. 2011. 164 f. (Dissertação) Universidade Federal de Santa Catarina.

RAMOS, Alex Agra. Dispositivo autocrático de segurança: violência policial e dominação burguesa no Brasil. Salvador, 2020.

Relatório um tiro no pé: impactos da proibição das drogas no orçamento do sistema de justiça criminal do Rio de Janeiro e São Paulo. Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC). Disponível em: https://drogasquantocustaproibir.com.br/. Acesso em 16 mai. 2024

Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas. 2011. Disponível em: http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2017/10/GCDP_WaronDrugs_PT.pdf. Acesso em: 20 abr. 2024

RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do

proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014
SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019.
VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, 2021.
WACQUANT, Loïc. As Prisões da Miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research (ICPR), em Birkbeck, Universidade de Londres. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/ Acesso em: 14 mai. 2024
ZALUAR, Alba. Democratização inacabada: fracasso da segurança pública. Estudos Avançados, 2007. 21(61), 31?49. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0103-40142007000300003. Acesso em: 24 abr. 2024

==========

Arquivo 1: TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf (9878 termos)
Arquivo 2: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1-semestre-de-2023.pdf (1495 termos)
Termos comuns: 23
Similaridade: 0,20%
O texto abaixo é o conteúdo do documento TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf (9878 termos)
Os termos em vermelho foram encontrados no documento https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1-semestre-de-2023.pdf (1495 termos)

==========

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
GRADUAÇÃO EM DIREITO
JOÃO VICTOR DE MATOS SILVA
POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL:
O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA
POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
Salvador
2024
JOÃO VICTOR DE MATOS SILVA
POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL:
O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA
POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
Artigo apresentado ao Curso de
Graduação da Universidade Católica
do Salvador, como requisito parcial
para a obtenção do Título de Graduado
em Direito.
Orientador: Alan Roque Souza de
Araujo.
Salvador
2024
3POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL: O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
João Victor de Matos Silva1
Alan Roque Souza De Araujo2
RESUMO: A utilização de substâncias psicoativas é uma realidade que pode ser observada há milênios em diferentes civilizações e para os mais diversos fins, sejam estes, de cunho personalíssimo, ritualístico, religioso, terapêutico e/ou medicinais. Em contrapartida, vislumbra-se também que ao longo do tempo estas substâncias, popularmente conhecidas como drogas, passaram a ser combatidas pelo Estado,

geralmente por meio do aparelho repressivo estatal, que, contudo, não tem sido exitoso em seus objetivos. Neste sentido, diante da evidente ineficácia estatal, que tem contribuído para a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, conforme análise dos dados pesquisados, é importante reavaliar estratégias para enfrentar os problemas causados pelo comércio ilícito de drogas, e, neste aspecto, busca-se compreender como o julgamento do Recurso extraordinário 635.659 pode impactar na população carcerária brasileira.

PALAVRAS CHAVE: Proibicionismo. Drogas. Encarceramento. Seletividade Penal. Recurso Extraordinário 635.659.

ABSTRACT: The use of psychoactive substances is a reality that can be observed for millennia in different civilizations and for the most diverse purposes, be they very personal, ritualistic, religious, therapeutic and/or medicinal. On the other hand, it can also be seen that over time these substances, popularly known as drugs, have come to be combated by the state, usually through the state's repressive apparatus, which, however, has not been successful in its objectives. In this sense, given the obvious inefficiency of the state, which has contributed to the overcrowding of the Brazilian prison system, according to an analysis of the data researched, it is important to re-evaluate strategies to tackle the problems caused by the illicit drug trade, and in this regard, we seek to understand how the judgment of Extraordinary Appeal 635.659 may impact on the Brazilian prison population.

KEYWORDS: Prohibitionism. Drugs. Imprisonment. Criminal Selectivity. Extraordinary Appeal 635.659.

2 Professor universitário. Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista Internacional em Segurança Pública pela UNEB e Universitá Degli Studi di Padova. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Cairu. Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Superior (UNYAHNA).

1 Graduando no curso de Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). E-mail: joaovm.silva@ucsal.edu.br

4SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. DA POLÍTICA DE DROGAS ADOTADA NO BRASIL: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA 2.1 O PROIBICIONISMO NO BRASIL E A LEI 11.343/2006 2.2. A PROBLEMÁTICA DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS: COMO DISTINGUIR USUÁRIO DE TRAFICANTE 3. ANÁLISE DOCUMENTAL DO SISDEPEN: IMPACTO DA LEI DE DROGAS PARA A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO 3.1 POPULAÇÃO CARCERÁRIA ANTES E DEPOIS DA LEI DE DROGAS. 3.2 VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO POLICIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS 4. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POLÍTICA DE DROGAS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RE 635.659 4.1 PERCURSO METODOLÓGICO EMPREGADO PARA ANÁLISE DO JULGAMENTO 4.2 DESCRIÇÃO DO JULGAMENTO 4.3 OS VOTOS DOS MINISTROS 5. IMPACTO DO JULGAMENTO DO RE 635.659 NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho buscou compreender a configuração da Lei de Drogas sancionada em 2006 (Lei 11.343/2006), e, notadamente, quais são os seus reflexos no sistema penitenciário brasileiro.

É possível observar que, desde o início da vigência da Lei 11.343/2006, o número de pessoas privadas de liberdade em razão da Lei de Drogas, de forma provisória ou definitiva, teve um vertiginoso aumento, fator que contribuiu essencialmente para a superlotação do sistema carcerário. Prova disso, é que o Brasil tem hoje a terceira maior população carcerária do mundo, e, segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023)3, o encarceramento por crimes ligados a drogas deu um salto de aproximadamente 300% desde a promulgação da referida lei.

Um dos fatores para esse aumento, consiste na ausência de determinação no dispositivo legal de uma característica mais objetiva, como a gramatura ou quantidade que sirva de limite para distinguir o porte para consumo do tráfico de drogas, conforme aponta Pedro Pasquotto Coffi.4

Embora a quantidade não seja o único fator considerado para configurar a prisão por tráfico de drogas, a ausência de critério quantitativo tem contribuído significativamente para a prisão de usuários como se traficantes fossem, em razão da

4 COFFI, Pedro Pasquotto. A ausência de critérios objetivos na lei 11.343/2006. 2018. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Penal e Criminologia. Porto Alegre. 2018, P. 37.

3 Anuário Brasileiro de Segurança Pública / Fórum Brasileiro de Segurança Pública. ? 1 (2006) -. ? São Paulo: FBSP, 2023. 357 p.: il.

5seletividade penal no sistema de segurança pública brasileiro. Sendo assim, nas palavras de Luís Carlos Valois, tem sido fator importante na superlotação do já precário e abandonado sistema penitenciário5, sendo causa de rebeliões, mortes e violências de todas as espécies.

Diante disso, através do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (Tema de Repercussão Geral nº 506), que questiona a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, se discute no Supremo Tribunal Federal a necessidade do estabelecimento de critérios menos discricionários para, nas palavras do Ministro Alexandre de Moraes, ?evitar que uma mesma conduta, dependendo do local, condição social da pessoa ou outros elementos, possa ser definida como tráfico ou como posse para uso pessoal? 6.

Neste sentido, ainda segundo Moraes (2023)7, é importante que sejam estabelecidos critérios mais objetivos para a distinção entre traficantes e usuários, para que assim seja possível reduzir a discricionariedade policial quando do flagrante, bem como do Ministério Público quando da denúncia e da justiça quando da tipificação final da conduta.

Nesta senda, o problema de pesquisa que se busca responder com o presente artigo é como o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pode impactar na população carcerária brasileira. Defende-se, portanto, a importância desta pesquisa pois, a aplicação da Lei de Drogas (Lei 11.342/2006), tem se mostrado ineficaz para com os seus objetivos, tendo em vista que a ausência de um critério objetivo para distinguir o tráfico de drogas para o porte de droga para consumo pessoal, conforme Moraes (2023) tem dado margem para a discricionariedade policial e, com isso, tem sido responsável

por um elevado número de prisões discricionárias.
Portanto, ante à obsoleta política criminal de drogas, a presente discussão se mostra essencial para a busca de um modelo alternativo de política de drogas que não seja orientado pelo paradigma proibicionista e repressivo e que tenha como escopo a busca pela redução das prisões por crimes relacionados a drogas.
Neste sentido, este trabalho terá como objetivo mais amplo identificar o impacto da política de combate às drogas adotadas no Brasil para o superencarceramento e como
7 DE MORAES, Alexandre. RE 63659/SP. Voto do Ministro Alexandre de Moraes proferido em 02/08/2023.
6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659 ? São Paulo. Repercussão geral nº 506 no Recurso Extraordinário.
5 VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, 2021, p.453.
6o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pode impactar na redução destas prisões.
Deste modo, para encontrar uma resposta ao problema de pesquisa proposto, foi necessário compreender alguns aspectos que foram subdivididos em 5 (cinco) capítulos.
Inicialmente, fez-se necessário buscar entender a gênese da política proibicionista de combate às drogas para que assim fosse possível compreender a construção da Lei 11.342/2006, bem como os seus reflexos na sociedade brasileira.
No capítulo seguinte buscou-se entender a importância do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na amortização do superencarceramento causado pela lei de drogas, através de análise dos votos dos ministros e a projeção do impacto da iminente decisão.
Em seguida, para demonstrar o crescimento da população carcerária brasileira, realizou-se uma comparação entre a população carcerária brasileira incidentes nos artigos da lei de drogas desde o início da sua vigência aos dias atuais. Neste sentido, buscou-se analisar dados, levantamentos e estatísticas penitenciárias realizados pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ferramenta utilizada pela Secretaria Nacional de Políticas penais para coletar informações padronizadas e realizar um eficaz mapeamento do sistema penitenciário no Brasil.
A metodologia utilizada foi a pesquisa qualitativa do tipo documental, tendo em vista que para mensurar estatisticamente o aumento gradativo da população carcerária brasileira por crimes relacionados a drogas, foi realizado a análise dos dados e relatórios extraídos pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), bem como pesquisa bibliográfica através de autores de referência mediante suas obras extraídas de repositórios acadêmicos como o repositório institucional da Universidade de São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, bem como periódicos como Scielo e Google Acadêmico.
Nesta senda, cumpre destacar que esta pesquisa não buscou deliberar acerca do processo legislativo que produziu a Lei 11.243/2006, tampouco buscou analisar a lei de drogas sob o crivo do processo penal, mas investigar as possíveis relações entre a Lei de Drogas e o aumento do encarceramento brasileiro, tomando como referência dados extraídos através do SISDEPEN.

72. DA POLÍTICA DE DROGAS ADOTADA NO BRASIL: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOMODELO PROIBICIONISTA.

A utilização de substâncias psicoativas, usualmente chamadas de drogas, não é uma exclusividade da modernidade. É possível observar, historicamente, que há milênios substâncias entorpecentes são utilizadas pelas mais diversas sociedades para fins de cunho personalíssimo, ritualístico, religioso, terapêutico e/ou medicinais.8

Exemplo disso é que, conforme demonstrado por Beatriz Labate, há cerca de cinco milênios, a tribo Pigmeu, habitante na África Central, ao observar como agiam os javalis que se alimentavam de determinado arbusto nativo daquela região, o Tabernanthe iboga, acabaram descobrindo as propriedades alucinógenas geradas através consumo da referida planta, motivo pelo qual passaram a consumi-la sob a lógica do entorpecimento9.

Não obstante, conforme registros deixados em papiros mesopotâmicos, verifica-se que a utilização de opioides e opiáceos na antiga Mesopotâmia era uma prática realizada há cerca de oito milênios. Inclusive, é possível observar que drogas consideradas atualmente como mais pesadas tais quais o ópio, heroína e a morfina, antes de terem sido classificadas como drogas de caráter ilícito, foram amplamente utilizadas pela medicina como alternativa para tratar de alguns problemas na saúde como a dor.10

Sendo assim, Pablo Ornelas Rosa11, aponta que não se trata, obviamente, de um fenômeno hodierno, mas de uma questão milenar que ultrapassa gerações. Portanto, para compreender como se originaram as políticas proibicionistas a nível global e a nível nacional, é indispensável entender como as sociedades mais remotas se comportavam diante destas substâncias.

Desde que passaram a ser utilizadas para fins psicotrópicos, aduz Salo de Carvalho, as drogas passaram a ser objeto de controvérsias e, consequentemente, combatidas pelo Estado.12

12 CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

11 ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014

10 ARAÚJO, Frederico Fonseca Casagrande de. Drogas: Uma análise histórica, social e contextual das políticas proibicionistas e de seus impactos sociais. Monografia. Curso de Direito. Faculdade Vale do Cricaré, São Matheus. 2018, p. 15.

9 LABATE, Beatriz Caiuby. Viagem ao centro do Iboga. 2001.

8 ARAÚJO, Frederico Fonseca Casagrande de. Drogas: Uma análise histórica, social e contextual das políticas proibicionistas e de seus impactos sociais. Monografia. Curso de Direito. Faculdade Vale do Cricaré, São Matheus. 2018, p. 14.

8Historicamente, é possível observar nas civilizações ocidentais e orientais algumas medidas proibitivas adotadas na primeira metade do século XIX. Neste sentido, as primeiras medidas restritivas ao consumo e comércio de drogas adotadas no ocidente, conforme Baesso (2013), citado por Araújo (2018), ocorreram após a revolução industrial, principalmente a partir do desenvolvimento da indústria farmacêutica.

Por sua vez, outro momento histórico que permite entender uma nova ordem internacional em torno da política proibicionista de drogas, desta vez no oriente, é a famigerada Guerra do Ópio travada entre China e Reino Unido.13

Escohotado14 argumenta que a China, ainda na primeira metade do século XIX, adotou uma série de medidas proibitivas contra o comércio do ópio, inclusive, confiscando e destruindo centenas de carregamentos de navios ingleses, maiores exportadores de ópio para a China, o que levou a Inglaterra a invadir a China para garantir a continuidade do comércio de ópio na região.

Ocorre que, o combate mais incisivo contra a produção, comércio e até ao consumo para fins recreativos destas substâncias psicoativas veio tomar proporções globais, quando da adoção de políticas mais severas adotadas pelos Estados Unidos da América.

De acordo com Souza e Calvete (2017)15 uma das principais razões da proibição de psicotrópicos na cultura norte americana, foi a forte influência da ética protestantista, a partir da premissa de que o descontrole e a irresponsabilidade não poderiam ser tolerados, e, portanto, a utilização de substâncias psicoativas deveria ser veementemente combatida, o que demonstra que tais políticas foram influenciadas pelo crivo da moralidade.

Nesta mesma linha, conforme aponta Pablo Ornelas Rosa16, as primeiras medidas proibitivas adotadas pelos Estados Unidos da América na segunda metade do século XIX, foram fundadas em conotações xenófobas e repressivas. Ainda segundo Rosa, esta política era direcionada ao combate ao ópio era amplamente utilizado por imigrantes chineses.

16 ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014.

15 CALVETE, Cássio da Silva; SOUZA, Taciana Santos. História e formação do mercado das drogas. Revista de Economia, v.41, n. 76, p. 401-429, Universidade Federal do Paraná, 2020.

14 ESCOHOTADO, Antônio. História General de Las Drogas. 3. ed. rev.aum. Madri: Alianza, 1995. 3 v

13 RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

9[...] possível constatar a conotação explicitamente racista, xenófoba e repressiva, que provavelmente tem sua procedência no Decreto de Expulsão de Chineses de 1882. Esta lei procurou não somente estigmatizar, mas também criminalizar os chineses que naquele momento eram considerados os grandes consumidores de ópio, tratados, a partir daquele episódio da história, como agressores da cultura e da moral estadunidense. (ROSA, 2014, p. 283)

Já no século XX, as políticas repressivas atinentes ao controle das drogas são munidas de um caráter belicista, principalmente quando da realização da Convenção Única sobre Entorpecentes da ONU em 1961 onde foram fincadas as bases legais da política internacional de guerra às drogas.

Neste sentido, conforme aponta Pilati 17, embora já houvesse uma política de drogas pautada pelo proibicionismo, um marco repressivo foi o governo de Richard Nixon que em 1971 pronunciou-se à população declarando que as drogas eram o inimigo número um dos Estados Unidos da América, declarando o início a uma verdadeira corrida antidrogas.

Neste sentido, atualmente, a temática abordada é regulamentada em sede internacional a partir dos seguintes acordos internacionais: A Convenção Única da ONU

sobre Entorpecentes de 1961, a Convenção da ONU sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e a Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, os quais preveem medidas para a erradicação do tráfico sob a ótica proibicionista.

2.1. O PROIBICIONISMO NO BRASIL E A LEI 11.343/2006

Neste aspecto, é importante compreender a construção do modelo de combate às drogas adotado no Brasil, notadamente a ótica da legislação proibicionista (Lei 11.343/06) que orienta o judiciário e os demais poderes.

No Brasil, há registros de medidas proibitivas, ainda que esparsas, desde a época colonial. Conforme aponta Salo de Carvalho, a incriminação do porte, do comércio ou do uso de determinadas substâncias tóxicas aparecem já nas Ordenações Filipinas no século XVII.18

18 CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

17 PILATI, Rachel Cardoso. Direito Penal Do Inimigo E Política Criminal De Drogas No Brasil: Discussão De Modelos Alternativos. 2011. 164 f. (Dissertação) Universidade Federal de Santa Catarina.

10

No início do século XX, sob influência internacional, que discutia a regulamentação do consumo e comércio do ópio, o Brasil adotou medidas restritivas com o escopo de impedir o uso indiscriminado do ópio e seus derivados, bem como outras substâncias químicas e orgânicas, através do Decreto nº 11.481, aprovado em 1915.19

Contudo, somente na década seguinte, é que foi editado pelo então presidente Epitácio Pessoa um decreto que estabeleceu medidas específicas relacionadas ao comércio de drogas, indicando as penalidades e procedimentos.20

Embora o Código Penal Republicano já tivesse disposição expressa acerca da proibição de determinadas substâncias tóxicas, Maria Lúcia Karam,21 aponta que a criminalização de condutas como a produção, distribuição e consumo de drogas que tornaram-se ilícitas de fato somente ocorreu com o advento das leis penais de 1932, que através do artigo 25, estabeleceu as condutas que configurariam tráfico de drogas instituindo penas privativas de liberdade de uma a cinco anos e multa.

Em seguida, houve a sistematização destas sanções a partir da edição do Código Penal de 194022, sob a ditadura do Estado Novo, prevendo a criminalização do tráfico e também da posse de substâncias entorpecentes.

Verifica-se que, em consonância às experiências internacionais, notadamente norte americana, observa-se que as origens proibicionistas brasileiras se dão em razão de questões não científicas. Nesta linha, inclusive, Moraes (2023) destaca que a proibição da maconha no Brasil, de forma similar aos Estados Unidos, no início do século XX, se deu baseada em questões morais.

A Lei 6.368/76, conhecida por Lei de Tóxicos23, estabeleceu medidas rigorosas para o controle e a repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes, além de prever tratamentos para dependentes químicos.

23 BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 out. 1976.

22 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 23911. Coleção de Leis do Brasil - 194 0, Página 187 Vol.7.
21 KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013
20BRASIL. Decreto nº 4.294, de 06 de julho de 1921. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 13407.
19BRASIL. Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915. Promulga a Convenção Internacional do Ópio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assinados na Haya. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 3597.
11
Sob a vigência desta lei, o uso ou porte de drogas para consumo pessoal era considerado um delito penal, de modo que previa pena de detenção de 6 meses a dois anos. E, por sua vez, impunha penas significativamente mais severas ao delito de tráfico de drogas, de modo que os traficantes estavam sujeitos a penas mais longas que iam de 3 a 15 anos de reclusão, além de condenação ao pagamento de multas, cujo valor variava conforme o caso específico.
Por fim, no ano de 2006 foi configurada a atual Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), que buscando compatibilizar as disposições normativas que a antecedem, prescreveu medidas que preveem a reinserção social dos usuários/dependentes químicos, bem como medidas preventivas voltadas para o controle do uso indiscriminado destas substâncias.
Outro aspecto da referida lei, é que ela traz em seu bojo um avanço no que diz respeito ao reconhecimento da diferença entre o usuário e o traficante, que doravante passaram a ser enquadrados em dispositivos diferentes.
A nova lei de drogas retirou a pena de prisão da posse de drogas para consumo próprio, porém, manteve a sua utilização como crime. O artigo 28 da referida lei, define como usuário aquele que ?adquire, guarda, tem depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar?.24
Neste caso, são previstos 3 (três) tipos sancionatórios (1) a advertência sobre os efeitos das drogas pelo juiz, (2) a prestação de serviços à comunidade num prazo máximo de 5 (cinco) anos que pode ser elevado para 10 (dez) em caso de reincidência, e, por fim, (3) a obrigatoriedade de frequentar um curso educativo sobre as drogas.
Por sua vez, a comercialização destas substâncias continua sendo tipificada como crime, possuindo uma pena máxima de 15 (quinze) anos. Esta previsão está disposta no artigo 33 da Lei de Drogas que caracteriza o traficante aquele que ?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.?25
25 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.
24 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.
12
Portanto, verifica-se que embora a legislação tenha buscado tratar o fenômeno

do controle das drogas a partir de uma lógica mais humana ao retirar a privação da liberdade para os usuários, tem causado efeito diverso daquele pretendido, tendo em vista que tem contribuído fundamentalmente com o aumento do sistema carcerário brasileiro.26

Neste mesmo sentido, argumenta Marcelo Caetano Bittencourt Pizzani Ribeiro de Andrade:

Em face do exposto no presente artigo, portanto, é inegável que o crescimento exponencial do aprisionamento no Brasil guarda estreita relação com a maneira que os atores do sistema de justiça criminal costumam aplicar os dispositivos sancionadores trazidos pela Lei nº 11.343/2006. (ANDRADE, 2023, p.13)

Portanto, além de não proteger a tutela da saúde coletiva, conforme proposto, o encarceramento causado com a sua aplicação tem desrespeitado constantemente a premissa constitucional da dignidade da pessoa humana.

2.2. A PROBLEMÁTICA DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS: COMO DISTINGUIR USUÁRIO DE TRAFICANTE?

Como dito no tópico anterior, em substituição a Lei 6.368/76, a legislação brasileira sobre drogas foi disciplinada pela Lei 11.343/2006 e trouxe em seu bojo, dentre outras alterações, uma inovação: distinção entre usuário e traficante. Com isto, a nova lei de drogas, introduziu mudanças substanciais no tratamento dispensado aos usuários e aos traficantes de drogas de modo que, enquanto impõe ao usuário um tratamento mais sutil, por considerar delito de ínfimo potencial ofensivo, passa a tratar o traficante de drogas com mais severidade.

O artigo 33 da lei de drogas define como traficante aquele que ?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?, impondo uma pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

26 BASÍLIO, Adriene Jayme. A Guerra Contra As Drogas E A Superlotação Carcerária No Brasil. 2022. 62 f. Monografia. Pontifícia Universidade Católica De Goiás, Goiás, 2022.

Por sua vez, a definição de usuário pode ser extraída da leitura do artigo 28 da lei de drogas, a qual dispõe que o usuário é aquele que ?adquire, guarda, tem depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar?.

Contudo, da redação do § 2 do mesmo artigo, verifica-se que cabe ao julgador avaliar se a droga encontrada com o indivíduo se destinava ao uso pessoal, e que, para tanto, deverá levar em consideração aspectos como 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.

Assim prevê o artigo 28 da lei 11.343/2006.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer

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. (BRASIL, 2006)
Da leitura do artigo supramencionado verifica-se que não há um parâmetro preciso de gramatura ou outra medida que permita quantificar o que diferencia o porte de droga para consumo pessoal do tráfico de drogas e sim, critérios pouco objetivos.
Ocorre que, diante do marcante perfil punitivista dos agentes de segurança pública, desde os policiais que apreendem o indivíduo aos magistrados responsáveis pelo julgamento, ficar a critério da subjetividade do julgador quais são os fatores para diferenciar a condição de usuário para traficante é abrir margem para a discricionariedade.
Neste mesmo sentido, assim argumenta Luciana Boiteux 27.
Assim, o sistema brasileiro de controle de drogas atua de forma seletiva e autoritária, pois não limita o poder punitivo, pelo contrário, deixa de estabelecer limites e contornos diferenciadores exatos para as figuras do usuário, do pequeno, médio e grande traficante, e atribui às autoridades, no caso concreto, ampla margem de discricionariedade, o que acarreta uma aplicação injusta da lei. (BOITEUX, 2014, p. 92)
Neste aspecto, embora a lei preceitue que caberá ao juiz, baseado nas circunstâncias da prisão, diferenciar o usuário do traficante, na prática o que se vê é que
27 BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), 2014. p. 92.
14
esta distinção tem início desde a abordagem da polícia que, geralmente, é a única testemunha do fato, e, tendo em vista que sua palavra goza de presunção de veracidade e de presunção de legitimidade28, é peça fundamental na justificativa para as prisões.29
Neste sentido, Alex Agra Ramos30, chama atenção para o caráter racista e discriminatório do sistema de segurança pública no sentido de que o verdadeiro critério na distinção entre o traficante e o jovem usuário consiste na discriminação.
A diferença entre um traficante e um jovem é dada pelo critério racial e com ele, a diferença entre a vida matável e a vida ser preservada. O crime a ser combatido pouco importa, porque não se combate o crime, se combate aquele que é identificado como criminoso, se combate o inimigo. (RAMOS, p. 269, 2020)
Neste sentido, é importante que seja determinado um parâmetro mais objetivo capaz de distinguir consumo pessoal do tráfico de drogas, tendo em vista que, embora este critério não seja o único e determinante, conforme argumenta Alexandre de Moraes (2023), ?a ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes?.

Portanto, a ausência de um critério mais objetivo, que estabeleça uma quantidade de droga que sirva de parâmetro para o juiz analisar a prisão, tem se mostrado um grave problema de segurança pública, e tem contribuído fundamentalmente com a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, conforme será demonstrado nos capítulos subsequentes.

Neste sentido, Boiteux 31 aduz que:

[...] A atual política criminal de drogas no Brasil é um dos fatores que mais contribuíram para o agravamento da população carcerária. (Boiteux, 2006, p. 233)

Sendo assim, não restam dúvidas que a crise no sistema penitenciário brasileiro foi agravada pela política proibicionista, a qual se manifesta de diversas formas.

31 RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

30 RAMOS, Alex Agra. Dispositivo autocrático de segurança: violência policial e dominação burguesa no Brasil. Salvador, 2020.

29 DE MELO, Michel Cícero M. Acórdãos, Objetos e Territórios: Tráfico de drogas e associação para o tráfico nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 2020. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.

28 Acórdão 1242191, 00011028220198070014, Relator: SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, Segunda Turma Criminal, data de julgamento: 2/4/2020, publicado no PJe: 23/4/2020.

15

Portanto, a abordagem punitiva tem se mostrado ineficaz na redução do tráfico de drogas, enquanto perpetua um ciclo de criminalidade e marginalização. 32

3. ANÁLISE DOCUMENTAL DO SISDEPEN: IMPACTO DA LEI DE DROGAS PARA A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.

A política de combate às drogas adotada no Brasil é regida pela Lei nº 11.343/2006, a qual manteve criminalização do usuário sob o pretexto da prevenção ao uso indiscriminado e garantia do tratamento dos dependentes, com vistas a reinseri-los na sociedade, mas na prática o que se demonstra com a aplicação da referida lei é que jamais a criminalização cumpriu com suas promessas.33

Ademais, da análise dos dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023), verifica-se que o encarceramento por crimes ligados a drogas deu um salto de aproximadamente 300% desde a promulgação da lei de drogas.

Conforme mencionado no capítulo anterior, a ausência de um critério objetivo para o procedimento de distinção entre o consumo próprio e o tráfico de drogas tem contribuído fundamentalmente com a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, pois, a condenação de usuários como se fossem traficantes ajuda a compreender um dos motivos que transformou o Brasil na terceira maior população prisional do planeta34.

Isto ocorre, pois, tal ausência, permite a atuação discricionária do por parte do sistema penal, principalmente quando é a polícia quem classifica a ação do indivíduo, e que em sua maioria será a única testemunha do fato, sendo peça chave para toda a persecução penal.

Portanto, a partir de um estudo descritivo documental da análise dos dados,

levantamentos e estatísticas penitenciárias realizados pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ferramenta utilizada pela Secretaria Nacional de Políticas penais para coletar informações padronizadas e realizar um eficaz mapeamento do sistema penitenciário no Brasil, foi possível analisar o contingente de prisões em razão da lei de drogas.

34 World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research (ICPR), em Birkbeck, Universidade de Londres.

33 PILATI, Rachel Cardoso. Direito penal do inimigo e política criminal de drogas no brasil: discussão de modelos alternativos. 2011. 164 f. Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal De Santa Catarina.

32 WACQUANT, Loïc. As Prisões da Miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

16

3.1. POPULAÇÃO CARCERÁRIA ANTES E DEPOIS DA LEI DE DROGAS.

A Lei 11.343/2006, foi publicada em 24 de agosto de 2006, entrando em vigor a partir do dia 08 de outubro de 2006, revogando expressamente em seu artigo 75, as leis anteriores.

Art. 75. Revogam-se a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. (BRASIL, 2006) 35

Neste sentido, conforme demonstrado anteriormente, a nova lei de drogas trouxe circunstanciais mudanças às legislações anteriores.

Segundo dados extraídos através do último relatório da Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), o Brasil alcançou no segundo semestre de 2023 a marca de 857.999 pessoas em situação de cumprimento de pena, sendo 656.811 em celas físicas (sistema penitenciário e outras carceragens) bem como 201.188 pessoas em prisão domiciliar (com ou sem monitoramento eletrônico) somente no âmbito estadual.36

Por sua vez, no âmbito federal, verifica-se que a população em cumprimento de pena (sistema penitenciário e outras carceragens) consiste em 12.265 pessoas em celas físicas.

É importante ser observado que desde que passou a viger a lei de drogas em 2006, a população carcerária brasileira mais que dobrou, tendo em vista que no ano anterior, sob vigência da Lei nº 6.368/1976 a população carcerária consistia em 401.236 pessoas encarceradas. Ou seja, houve um considerável aumento de 456.763 pessoas privadas de sua liberdade.

Naturalmente, não se pode imputar este aumento considerável unicamente à nova Lei de Drogas, tendo em vista a existência das mais variadas condutas tipificadas no Código Penal. Contudo, não se pode ignorar a sua decisiva influência para a superlotação do sistema carcerário.

Neste sentido, a análise simples dos dados acima mencionados acerca da evolução da população carcerária brasileira entre o período de 2005 a 2023, é um tanto

36 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf

35 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.

17
quanto abstrata. Sendo assim, é importante observar a evolução das prisões especificamente por crimes relacionados à Lei de Drogas.
No 15º ciclo de coleta levantado pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), referente ao segundo semestre de 2023, verifica-se que pelo menos o contingente de 199.731 pessoas respondem por crimes relacionados a Lei de Drogas, sendo que destas, 168.021 respondem pelo crime de Tráfico de Drogas previsto no artigo 33, 25.529 pessoas foram enquadradas no crime de Associação ao Tráfico tipificado no artigo 35, bem como 6.181 pelo crime de Tráfico internacional de drogas previsto no artigo 40 da mesma lei.
Por sua vez, no ano de 2005, ano que antecede o início da vigência da nova lei de drogas, havia no brasil cerca de 31.520 presos pelo crime de Tráfico de entorpecentes e 1.360 pessoas presas pelo crime de tráficos internacional de entorpecentes, totalizando um total de 32.880 pessoas encarceradas37 em razão da aplicação da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.
Fonte: 15º Ciclo Sisdepen (2º semestre de 2023)
Neste sentido, podemos observar que houve um aumento de pelo menos 166.851 pessoas respondendo por crimes relacionados ao envolvimento com drogas ilícitas, o
37 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? InfoPen. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2005.pdf
18
equivalente a 507%. Verifica-se ainda que, até 2006, os presos por crimes relacionados às drogas correspondiam a aproximadamente 8% da população carcerária brasileira, ocorre que, hodiernamente, este percentual consiste em aproximadamente 25%.38
Portanto, é evidente que a aplicação da Lei 11.343/06 contribuiu de forma significativa para o aumento da população carcerária brasileira, uma vez que a falta de critérios quantitativos claros para diferenciar usuários de traficantes cedeu margem para uma atuação discricionária por parte da polícia e do judiciário, resultando em interpretações subjetivas, o que levou ao encarceramento em massa de usuários como se traficante fossem.

3.2 VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO POLICIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

Conforme exposto nos tópicos anteriores, o parágrafo 2º do artigo 28 da Lei de Drogas, concede margem de discricionariedade ao julgador para, após avaliação de caso concreto, definir se o entorpecente apreendido seria destinado ao uso pessoal ou pra fins de tráfico de drogas, principalmente, em razão da ausência de critérios objetivos que sirvam de parâmetro para que se constate esta diferença, tais como o estabelecimento de gramatura ou outra medida que possibilite a quantificação da droga.
Neste aspecto, conforme aponta o Relatório desenvolvido pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania CESeC (Relatório Um Tiro no Pé, 2021), diante do marcante perfil punitivista dos agentes de segurança pública, desde os policiais que apreendem o indivíduo aos magistrados responsáveis pelo julgamento, ficar a critério da

subjetividade do julgador quais são os fatores quantitativos para diferenciar a condição de usuário para traficante é abrir margem para a discricionariedade.

Ocorre que, esta discricionariedade não tem início quando do julgamento pelo magistrado competente, mas, na verdade, ela ocorre desde a apreensão pela autoridade policial que, conforme a seguir será demonstrado, tem papel determinante quanto a formação da decisão do juízo.

38 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf

19

Conforme Inácio e Bueno, não é plausível que o depoimento de um policial, assim como qualquer outra prova testemunhal de forma isolada, seja considerada prova satisfatória e suficiente para embasar a convicção do juízo para uma eventual condenação, tendo em vista que ?além de não ser neutra ou imparcial, ainda possui o agravante da possibilidade de distorção dos fatos de forma intencional?39.

Ocorre que geralmente os processos que envolvem a Lei de Drogas surgem em decorrência de prisões em flagrante efetuadas pelas autoridades policiais motivo pelo qual, nestes casos é o policial quem poderá narrar as circunstâncias da prisão, informar as características do local de abordagem e afirmar com quem estava a droga.

Portanto, conforme aduz Maria Goete40, o magistrado somente terá o contato com o fato objeto de investigação a partir da perspectiva da autoridade policial que realizou a abordagem e realizou a prisão, momento em que classifica a infração penal, de modo que a palavra do policial tem função determinante na formação do convencimento do magistrado.

Sob essa mesma linha argumentativa, argumenta Boiteux (2014):

Com tais critérios extremamente vagos, e de difícil aplicação, a distinção no caso concreto acaba sendo feita pela primeira autoridade que tem contato com o acusado, prevalecendo a visão subjetiva desta, sendo excessivamente ampla a discricionariedade concedida ao policial. (BOITEUX, 2014, p. 90)

Neste sentido, Luis Carlos Valois41, após análise de inquéritos policiais relacionados aos crimes da lei de drogas, nas capitais de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e também no Distrito Federal, argumenta que 74% das prisões em flagrante pelo crime de tráfico de drogas (Art. 33 da Lei 11.343/06) tem como testemunhas apenas os policiais que realizaram a abordagem.

Para consubstanciar a pesquisa acima mencionada, faz-se mister destacar pesquisa similar realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da Universidade de São Paulo (USP), através de estudo denominado ?Prisão Provisória e Lei de Drogas ? Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo?.

Da análise da pesquisa do NEV, verifica-se que chegou-se a percentual equivalente ao exposto por Valois, qual seja, em 74% das prisões em flagrante em razão

41 VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, p. 493, 2021.

40 JESUS, Maria Gorete Marques de. ?O Que Está no Mundo não Está nos Autos?: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. São Paulo: Tese (Doutorado em Sociologia) ? Universidade de São Paulo, 2015.

39 Mariana Secorun Inácio e Marina Manzoni Bueno, Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021, p. 24.

20

da lei drogas, a testemunha é apenas o policial que realizou o flagrante, acrescentando ainda que, por sua vez, em 26% dos dos casos as testemunhas são a própria autoridade policial mais testemunha civil.

Ademais, o estudo mencionado evidencia ainda que 91% destes processos cuja única prova é o testemunho policial terminam com a condenação do réu pelo crime de tráfico de drogas.

Noutro aspecto, é importante trazer à lume também o levantamento realizado pela Agência Pública, o qual evidencia que nos processos cuja apreensão de droga foi até 10 gramas, em aproximadamente 84% dos casos a única prova considerada irrefutável foram os depoimentos dos policiais que realizaram a apreensão.42

Ainda de acordo com este levantamento, verifica-se das decisões analisadas que nos processos cuja única testemunha são os policiais, houve o percentual de 59% de condenações ao passo que quando houveram testemunhas civis este percentual foi reduzido para 44 %.

Esta diferença também fica demonstrada no que diz respeito ao índice de absolvição, tendo em vista que quando houveram testemunhas civis o índice de absolvição consistiu no percentual de 21 %, ao passo que quando as testemunhas foram apenas policiais o índice de absolvição caiu para apenas 14 %.

Nesta senda, Alba Zaluar 43 afirma que o poder policial e judiciário tem-se posicionado na verdade numa caça aos usuários, e não aos grandes traficantes.

[...] seria melhor se as forças de polícia não fossem empregadas para caçar os consumidores de droga ou os pequenos negociantes, e atribuíssem muito mais seus recursos à repressão de grandes traficantes e de lavadores do dinheiro sujo (ZALUAR, 2007, p. 03).

Portanto, ante todo o exposto, a ausência de critérios objetivos que diferenciem as condutas previstas no art. 28 e no art. 33 da Lei 11.343/06, tem permitido que a palavra dos policiais tenha o papel mais importante nos processos desta natureza, de modo que no fim das contas é quem efetivamente tipifica a conduta praticada pelo sujeito no delito de tráfico de drogas.44

44 Mariana Secorun Inácio e Marina Manzoni Bueno, Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021.

43 ALBA ZALUAR. Democratização Inacabada: Fracasso da Segurança Pública, 2007.

42 DOMENICI, Thiago e BARCELOS, Iuri. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. Disponível em: Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo - Agência Pública. Acesso em: 22/04/2024.

21

4. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POLÍTICA DE DROGAS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RE 635.659.

O Supremo Tribunal Federal (STF), representa a instância superior do Poder Judiciário brasileiro, desempenhando uma função primordial na salvaguarda da ordem jurídica e na preservação dos preceitos estabelecidos na Constituição Federal.

Sendo assim, como órgão guardião da Carta Magna, compete-lhe a missão precípua de assegurar a conformidade das leis e atos normativos infraconstitucionais com os ditames constitucionais, consubstanciando-se, portanto, como o bastião máximo da legalidade e da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro.
Assim, dispõe o caput do artigo 102 da Constituição de 1988:
Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
Neste sentido, conforme delineado nos capítulos anteriores, a aplicação da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) tem causado uma série de problemas no âmbito da segurança pública, sobretudo porque tem contribuído significativamente para a superlotação das prisões no Brasil, uma vez que parcela considerável da população carcerária encontra-se detida pela incidência no crime de tráfico de drogas, fato que quem tem agravado as condições já precárias do sistema prisional nacional.
Diante desta problemática, através do julgamento do Recurso Extraordinário (635.659), avalia-se a consonância, ou não, do artigo 28 da Lei 11.343/2006, que trata do porte de drogas para uso pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada sob pena de violação ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.
Este julgamento tem atraído significativa atenção devido às suas implicações na política de drogas, direitos individuais e segurança pública.
Para compreender o julgamento em sua integralidade, necessário se fez analisar os autos mediante acesso ao Supremo Tribunal Federal.
Defende-se a importância dessa metodologia de busca, pois ela facilita o acesso às informações essenciais para o entendimento e o acompanhamento desse julgamento, já que permite a localização mais precisa de documentos, incluindo decisões, acórdãos, votos dos ministros, despachos e pareceres.
Neste sentido, foi adotado esse meio de pesquisa também em razão da sua confiabilidade, pois, o site do STF é atualizado constantemente para refletir os últimos
22
acontecimentos e decisões relacionados ao RE 635659. Esta atualização contínua assegura que as informações disponíveis são sempre as mais recentes, permitindo que os usuários se mantenham informados sobre o progresso e os desdobramentos do caso.
Portanto este suporte de busca permite uma análise detalhada dos argumentos apresentados, das fundamentações jurídicas e das interpretações dos ministros.
4.1. PERCURSO METODOLÓGICO EMPREGADO PARA ANÁLISE DO JULGAMENTO
Para obter os resultados pretendidos, quais sejam, as informações preliminares, partes e decisões no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, necessário se fez adentrar ao sítio eletrônico do Supremo, mediante acesso ao link
https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145.
Em seguida, ao clicar na aba ?Processos? e digitar o número do processo originário (0018946-13.2009.8.26.0161), ou clicar na aba ?Repercussão Geral? e colocar o número do tema, neste caso o 506, somos imediatamente direcionados a página onde temos acesso a todas as informações necessárias para o desenvolvimento

deste trabalho.
A partir do acesso ao sítio eletrônico mencionado, podemos ter acesso às publicações durante o julgamento mediante acesso ao ?Diário da Justiça Eletrônico (Dje)?, a ?Jurisprudência? (reconhecimento da repercussão geral, publicada em 09/03/2012), bem como ao leading case que nos fornece as informações gerais do processo, e, por fim acesso às peças processuais, tais como pedidos de ingresso como Amicus Curiae, sustentação oral etc, bem como acesso ao despachos e decisões prolatadas, mediante acesso a aba ?Peças?.
Por sua vez, não foi possível obter acesso ao inteiro teor do votos de todos os ministros, uma vez que alguns votos ainda não foram disponibilizados. Neste sentido, buscando a íntegra/inteiro teor dos votos dos ministros, tendo em vista a escassez em outros meios de pesquisa, necessário se fez entrar em contato, através de e-mail, com a Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do Supremo Tribunal Federal, setor responsável pelas pesquisas judiciárias no âmbito do supremo.
Neste momento, obtive o seguinte esclarecimento: ?Informamos que o referido julgamento ainda não foi finalizado, conforme o andamento processual, o julgamento foi suspenso por motivo de pedido de vista, e os ministros que votaram, ainda não
23
disponibilizaram seus votos. Sendo assim, só conseguimos disponibilizar os votos, no final do julgamento, com a publicação do referido acórdão."
Diante disso, obtive acesso tão somente ao inteiro teor dos votos do ministros Alexandre de Moraes, do relator Gilmar Mendes, Luis Roberto Barroso, e do Fachin, não foi possível ter acesso ao inteiro teor de todos os ministros, motivo pelo qual se fez necessário buscar fontes jornalísticas confiáveis, bem como ouvir os votos disponibilizados em plataformas de audiovisual, tais como o canal oficial do Supremo Tribunal Federal no YouTube.
4.2. DESCRIÇÃO DO JULGAMENTO
O referido julgamento foi iniciado após a interposição de recurso em favor de um condenado por porte de 3g (gramas) de cannabis sativa (maconha) que o Recorrente alegava ser para consumo próprio. Ocorre que, diante da condenação, a Defensoria Pública do estado de São Paulo interpôs recurso sob a alegação da inconstitucionalidade do art. 28, em face da violação do art. 5º, X, da Constituição Federal.
Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988)
Assim, no decorrer do julgamento, explicou o ministro relator Gilmar Mendes45:
No caso em análise, o art. 28 é impugnado sob o enfoque de sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. Não se funda o recurso na natureza em si das medidas previstas no referido artigo, mas, essencialmente, na vedação constitucional à

criminalização de condutas que diriam respeito, tão somente, à esfera pessoal do agente incriminado. (2015, p. 3 e 40)

Em dezembro de 2011, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a existência de repercussão geral na questão em debate sobre a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas (STF, 2011), motivo pelo qual o Ministro Gilmar Mendes, sorteado relator do caso, destacou a relevância social do tema

45 MENDES, Gilmar Ferreira. RE 63659/SP. Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes proferido em 20/08/2015.

24

e defendeu a importância da Corte se manifestar para pacificar a questão da possibilidade de descriminalização do porte de drogas para consumo próprio.

O julgamento teve início no Plenário do Supremo Tribunal Federal em 19 de agosto de 2015, e foi suspenso em setembro do mesmo ano após o pedido de vista do Ministro Teori Zavascki.

FICHA TÉCNICA LEADING CASE INSTÂNCIA RELATOR PROC. ORIGINÁRIO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
635.659
STF GILMAR MENDES
0018946-13.2009.8.26.0161
TRAMITAÇÃO PROTOCOLO DA AÇÃO
RECONHECIMENTO DA REP. GERAL (TEMA 506)
STATUS ATUAL
22/02/2011 09/12/2011 EM JULGAMENTO

Fonte: Supremo Tribunal Federal.

Após o falecimento do Ministro Teori Zavascki, o processo foi redistribuído, e novos debates surgiram, especialmente com a mudança de composição do STF. E, desde então, dos 11 (onze) ministros que compõem a Suprema Corte, votaram apenas 8 (oito). Dentre estes, os ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Rosa Weber votaram de forma favorável ao afastamento da criminalização do porte de maconha para consumo próprio. Por sua vez, os ministros Cristiano Zanin Martins, Kássio Nunes Marques e André Mendonça posicionaram-se de forma oposta.

Dessa forma, até o momento, o julgamento registra um placar de 5 a 3, com maioria de votos para afastar a criminalização do porte de maconha para consumo próprio. Contudo, o processo encontra-se suspenso após pedido de vistas do Ministro Dias Toffoli, para melhor análise, portanto, além de seu voto, ainda votarão os ministros Luiz Fux e Cármen Lúcia.

Conforme supracitado, o tema em julgamento trata da constitucionalidade dos

tipos penais do art. 28 da Lei 11.343/06, de modo que se discute a inexistência de lesividade na conduta de porte de droga para consumo pessoal e o exercício da
25
autonomia privada, a qual é constitucionalmente protegida pelo direito à vida íntima, não havendo, portanto, qualquer ofensa à tutela da saúde pública.

Portanto, o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635.659, em andamento no Supremo Tribunal Federal (STF), representa um marco significativo na interpretação e aplicação da legislação brasileira referente ao porte de drogas para uso pessoal, e, sua decisão poderá ser um importante passo no caminho para amortização dos efeitos desta política que tem se demonstrado ineficaz em seus objetivos.

4.3. OS VOTOS DOS MINISTROS

Conforme já demonstrado, o Ministro Gilmar Mendes é o relator do julgamento ora analisado. Ainda em 2015, o ministro votou a favor da descriminalização do porte de qualquer tipo de droga desde que para consumo pessoal (STF, 2015).

O ministro iniciou sua abordagem, prestando esclarecimentos, sob a ótica do princípio da proporcionalidade, acerca dos crimes de perigo abstrato e as políticas regulatórias no contexto da Lei de Drogas, notadamente em relação ao usuário.

Em seu voto, Mendes destacou que não existem estudos suficientes ou incontroversos que demonstrem que a proibição é o meio mais eficaz no combate ao tráfico de drogas, enfatizando ainda que, em que pese tenha sido aplicada esta política de drogas, frequentemente chamada de "Guerra às Drogas", o tráfico tem aumentado consideravelmente nas últimas décadas.

O relator, destacou a importância de definir uma distinção precisa entre tráfico de drogas e posse para consumo pessoal, sob o argumento de que esta é crucial para o destino da pessoa abordada, tendo em vista que ela pode ser presa por até quinze anos, se condenada por tráfico, ou permanecer livre, sujeita apenas a medidas transitórias previstas no artigo 28, sem repercussões penais, se classificada como usuária.

O ministro demonstrou extrema preocupação quanto à seletividade do sistema penal, com indicações de tratamento mais rigoroso para pessoas em situação de vulnerabilidade, especialmente os viciados, tendo em vista que a interpretação subjetiva dos fatos pode levar a decisões arbitrárias.

?Da mesma forma, a percepção geral é de que o tratamento criminal aos usuários de drogas alcança, em geral, pessoas em situação de fragilidade econômica, com mais dificuldade em superar as consequências de um processo penal e reorganizar suas vidas depois desqualificados como criminosos por condutas que não vão além de mera lesão pessoal.
26
Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional.? (MENDES, STF, 2015)

Argumenta ainda, noutro aspecto, que o consumo de qualquer substância é uma decisão estritamente privada, e qualquer dano decorrente disso afeta principalmente a saúde do próprio usuário, motivo pelo qual proibir esse consumo é desrespeitar a

decisão individual do ser de arriscar a própria saúde, afastando, portanto, a saúde pública como bem jurídico tutelado.
Neste sentido, vota pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, afastando, portanto, qualquer efeito penal no dispositivo. Porém, mantendo as medidas administrativas até nova legislação específica.
?Tendo em conta os resultados retratados na pesquisa sobre práticas integrativas, há pouco noticiada, afigura-se que a aplicação, no que couber, das medidas previstas no referido artigo, sem qualquer efeito de natureza penal, mostra-se solução apropriada, em caráter transitório, ao cumprimento dos objetivos da política nacional de drogas, até que sobrevenha legislação específica.? (MENDES, STF 2015)
É importante destacar ainda que, no decorrer do julgamento, após o voto de Alexandre de Moraes, o ministro relator reajustou seu voto no sentido de descriminalizar tão somente o porte de maconha.
Em seguida, o ministro Edson Fachin também manifestou seu voto nos termos do relator, Gilmar Mendes, se alinhando ao pensamento de que o consumo de drogas deve ser considerado como fato da autodeterminação individual, de modo que tal consumo diz respeito à intimidade e privacidade do indivíduo (STF, 2015).
Fachin destaca ainda que, o caso em análise envolve especificamente o porte de maconha, e, que por prudência judicial, a decisão do Supremo Tribunal Federal de descriminalizar o porte de drogas para consumo pessoal deve ser limitada a essa substância.
O ministro Fachin faz questão de destacar que, sob a sua ótica, os critérios ou parâmetros objetivos para diferenciar o traficante do usuário deve ser fixado tão somente pelo Congresso Nacional.
Por sua vez, o ministro Luís Roberto Barroso, assim como Gilmar Mendes e Edson Fachin, também destacou que a medida implica que o Estado não tem autoridade para interferir ou punir o porte de drogas para consumo pessoal (STF, 2015).
27
Ocorre que, faz questão de frisar que tal medida não é equivalente à legalização do consumo de qualquer droga ilícita, nem mesmo a maconha, embora reconheça a inconsistência de descriminalizar o consumo enquanto a produção e distribuição de drogas continuam sendo crimes.
Barroso, demonstrando notória preocupação com o encarceramento gradativo da população brasileira, fez questão de ressaltar as implicações da criminalização do porte de pequenas quantidades de maconha para o elevado número de prisões no Brasil, especialmente entre jovens negros. Argumentando ainda que, é fundamental estabelecer uma quantidade específica para diferenciar o usuário do traficante.
Para a determinação do critério quantitativo na distinção entre usuário e traficante, o Ministro Luís Roberto Barroso, cita critérios adotados em outros países como exemplos a serem considerados. O Ministro esclarece que no Uruguai é adotado o critério de 40 gramas, na Espanha o critério de 100 gramas e, em Portugal, o qual considera uma experiência de sucesso, 25 gramas.
Diante disso, baseando-se nestes modelos, Barroso estabelece um critério

quantitativo de 25g como o limite para presumir o portador como usuário, argumentando que esta presunção é tão somente inicial, de modo que pode ser refutada pelo magistrado de acordo com as circunstâncias no caso concreto. Noutro aspecto, no que diz respeito ao cultivo de Cannabis para consumo próprio, o Ministro propõe um limite de até 6 plantas fêmeas.

Em sequência, o Ministro Alexandre de Moraes argumenta que a problemática na aplicação da lei diz respeito ao artigo 28 da Lei de Drogas, pois, em sua visão, tal disposição aumentou a discricionariedade tanto da autoridade policial quanto do Ministério Público e das autoridades judiciais.

Argumentou ainda que, com a nova lei, o que antes era classificado como usuário passou a ser rotulado como pequeno traficante, acarretando em penas mais severas, e superlotando o sistema carcerário.

Diante disso, o Moraes votou pela descriminalização do porte de maconha para uso pessoal, propondo que seja presumido usuário aquele que guarde, tenha, transporte ou traga consigo até 60 gramas de maconha, ou seis plantas fêmeas.

Argumentou com isto que essa presunção seria relativa, permitindo à autoridade policial considerar outros critérios que possam caracterizar o tráfico de entorpecentes, tais como, a forma de acondicionamento, a diversidade de entorpecentes encontrados
28
com a pessoa, e a apreensão de instrumentos, como balanças, cadernos de anotação e celulares.

Moraes esclarece ainda que estes critérios devem ser considerados durante a audiência de custódia, e, portanto, se o indivíduo estiver com quantidades inferiores às estabelecidas, a autoridade judicial deverá fundamentar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva com base em outros critérios que caracterizem o tráfico. Por outro lado, se a quantidade encontrada for superior à presumida para uso pessoal, a autoridade judicial deverá permitir que o indivíduo comprove que se trata de um usuário e não de um traficante.

No seu voto, a Ministra Rosa Weber também seguiu o entendimento do ministro relator, manifestando seu voto no sentido da descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, ajustando sua posição para que o julgamento se aplicasse exclusivamente ao porte de maconha, argumentando estar plenamente convencida de que é mais apropriado restringir o julgamento apenas a essa substância.

Weber, argumentou que, durante suas visitas nas unidades prisionais brasileiras, como presidente do Conselho Nacional de Justiça, pôde observar de perto a gravidade da situação de tais unidades e que a política de drogas ora aplicada tem contribuído de forma contundente para o agravamento desta situação.

Noutro aspecto, argumentou ainda que o consumo estritamente pessoal de drogas representa um risco à saúde individual do usuário e, portanto, deve ser tratado no âmbito das políticas públicas de saúde e reinserção social, em vez de ser abordado predominantemente pelo aparato penal do Estado.

Ancorada nestes argumentos, a Ministra aderiu ao critério estabelecido pelo Ministro Alexandre de Moraes para diferenciar usuários de traficantes, que é de até 60 gramas de maconha para ser classificado como porte pessoal. Neste sentido, o Ministro

Luís Roberto Barroso, originalmente propondo um limite de 25 gramas, demonstrou estar aberto a ajustar seu voto para se alinhar à maioria em relação à quantidade estabelecida.

O Ministro Cristiano Zanin Martins, primeiro a negar provimento ao Recurso, abriu a divergência no julgamento e votou contra a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343 sob o argumento de que isto poderia potencializar o problema do encarceramento, pois, sob a sua ótica, seriam removidos os únicos parâmetros legais disponíveis para distinguir entre o usuário e o traficante.

29

Neste sentido, o ministro votou pela constitucionalidade do referido artigo, notadamente chamando atenção pela manutenção do critério já existente no parágrafo 2º.

Contudo, em que pese tenha se posicionado de forma divergente, segue a maioria no no que diz respeito a quantidade de maconha a ser fixada como parâmetro orientador que sirva de limite para distinguir uso e tráfico, ou seja, 25 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, propondo a seguinte redação:

?1) É constitucional o artigo 28 da Lei 11.343.

2) Para além dos critérios estabelecidos no parágrafo 2º do artigo 28 da Lei 11.343 para diferenciar o usuário de maconha do traficante, o tribunal fixa, como parâmetro adicional, a quantia de 25 gramas ou seis plantas fêmeas para configuração de usuário da substância, com a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante fundamentação exauriente das autoridades".? (MARTINS, STF, 2023)

O Ministro André Mendonça adota uma posição cautelosa, argumentando que tal medida poderia ser interpretada como um aval para o consumo o que, potencialmente, acarretaria prejuízos à saúde pública.

Ademais, entende que a discussão sobre a descriminalização deve ocorrer dentro do poder legislativo, respeitando o devido processo democrático. Neste sentido, propõe que seja declarada a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas e seja estabelecido um prazo para o Congresso Nacional deliberar a temática e definir critérios objetivos para diferenciar o porte para consumo pessoal e para tráfico de drogas.

Noutro aspecto, propõe ainda que sejam caracterizados como usuários aqueles que portarem até 10g de maconha, o que acredita ser equivalente a 36 cigarros, até que o Congresso delibere sobre o assunto.

Por fim, o Ministro Kassio Nunes Marques, vota em posição alinhada com a visão de que a descriminalização do porte de maconha para uso pessoal deve ser uma decisão do Legislativo e não do Judiciário.

O Ministro destaca ainda que, em sua ótica, o consumo de drogas vai além do próprio usuário tendo em visto que afeta também a sociedade em geral e que, portanto, a manutenção da criminalização, conforme previsto no artigo 28, funciona como um fator inibitório tanto para o consumo quanto para o tráfico de entorpecentes.

Por fim, o ministro Dias Toffoli, pediu vista para examinar de forma mais minuciosa o processo antes de proferir seu voto e terá até 90 dias para explorar o

30

processo antes de devolvê-lo para Barroso. E, como supramencionado, após seu voto, ainda votarão os ministros Luís Fux e Cármen Lúcia.

5. IMPACTO DO JULGAMENTO DO RE 635.659 NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

A descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal está a um passo de se tornar realidade no Brasil, uma vez que, conforme exposto no capítulo anterior, cinco ministros já proferiram votos favoráveis à medida, motivo pelo qual resta apenas mais um voto favorável para que se forme a maioria.

Diante da iminente decisão favorável à descriminalização do porte de maconha para uso pessoal no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, torna-se fundamental considerar as consequências do afastamento da incidência do Direito Penal nesse contexto específico e quais as potenciais consequências para a sociedade.

Neste sentido, em se confirmando a descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal, bem como estabelecido um critério objetivo quantitativo que sirva de parâmetro limite para qualificar o usuário ou o traficante, quais seriam os impactos desta decisão, notadamente no âmbito do sistema carcerário brasileiro?

Inicialmente, o primeiro impacto seria no âmbito do poder judiciário brasileiro, uma vez que as pessoas apreendidas com drogas, dentro dos limites estabelecidos pelo supremo, não seriam mais presas ou processadas como se traficante fossem, desde que ausentes os outros elementos que denotem tráfico, tais como balança de precisão, arma, munição, anotações contábeis referentes ao comércio de substâncias ilícitas e etc.

Diante disso, levando em consideração a média de crescimento do número de presos e processados em razão da Lei de Drogas desde 2006, a medida indica uma possível redução no número de processos judiciais em trâmite no judiciário, uma vez que, em sua maioria, são presos com pouca quantidade de drogas. Para consubstanciar isto, Marcelo Semer46 aponta que aproximadamente 50% dos encarcerados foram presos por estar na posse de menos de 100 gramas de maconha ou 50 gramas de cocaína.

Cumpre destacar, portanto, que a quantidade de drogas apreendidas tem sido fundamental no enquadramento do agente como usuário ou traficante.

46 SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019, p. 285-286.

31

Ocorre que, mesmo fixado um novo parâmetro, não se pode falar em soltura automática dos presos ou medidas similares, uma vez que a quantidade de substância não é o único critério para caracterizar alguém como traficante.

Sendo assim, os detentos serão potencialmente impactados pelo julgamento, pois, uma vez que tais critérios serão meramente orientadores, devem buscar a jurisdição para solicitar uma revisão criminal, na qual suas penas serão reavaliadas à luz dos novos parâmetros e das circunstâncias específicas de seus casos, momento em que será decidido pela reclassificação, ou não, da conduta para consumo pessoal.

Por sua vez, à médio prazo, o impacto desta decisão atingiria o sistema carcerário brasileiro, uma vez que, superada a adoção dos critérios subjetivos transferidos à estrutura do Poder Judiciário para definir o usuário e o traficante, os quais são fundamentados nas circunstâncias sociais e pessoais, localidade e condições em que

se desenvolveu a ação, e adotados parâmetros quantitativos objetivos, evitando, assim, que o subjetivismo das autoridades gerem decisões contraditórias, a tendência é uma redução da superlotação carcerária.

Para consubstanciar isso, faz-se mister sublinear a perspectiva apresentada pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) em conjunto com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos do Ministérios de Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP), em torno do julgamento do crime de tráfico de drogas no judiciário brasileiro.

Os cenários analisados pelo IPEA e SENAD/MJSP, tiveram como base os critérios sugeridos em nota técnica do Instituto Igarapé colacionado aos autos em 2015, a qual pugna pela urgência de estabelecimento de parâmetros objetivos na distinção entre traficante e usuário, a partir dos quais os agentes públicos possam avaliar de forma mais precisa e justa.

A nota técnica do Instituto Igarapé, pelos especialistas que a subscrevem, destaca ainda que parâmetros propostos, e, eventualmente adotados pelo Supremo, tem natureza de presunção relativa, uma vez que julgador pode, desde que de forma fundamentada, desconsiderar tais critérios se os demais critérios legais apontarem para a condição de traficância.

De acordo com a referida nota técnica, para adotar esses parâmetros, foram consideradas as experiências internacionais, os padrões nacionais de consumo de drogas e a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal.

32

CENÁRIO 1 CENÁRIO 2 CENÁRIO 3

25 gramas 40 gramas 100 gramas

6 plantas fêmeas 10 plantas fêmeas 20 plantas fêmeas

Fonte: Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA)

A definição por algum destes critérios para distinguir usuários e traficantes pode atingir de forma significativa os casos em andamento, potencialmente resultando na reclassificação de alguns indivíduos que anteriormente eram considerados traficantes como simples usuários de drogas. Inclusive, para além da definição de gramatura, destaca-se a importância de definição da quantidade de plantas para cultivo, para evitar possíveis erros que levem ao enquadramento no inciso II do §1º do art. 33.

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.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

[...]

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; (BRASIL, 2006)

De acordo com o resultado final da pesquisa do IPEA, se adotados os critérios previstos no ?Cenário 1?, ou seja, gramatura no limite de 25 gramas ou 6 (seis) plantas fêmeas, conforme sugerido pelos ministros Cristiano Zanin Martins e Kássio Nunes Marques no durante o julgamento do RE 635.659, aproximadamente 27% dos presos condenados por tráfico de drogas, cuja a substância apreendida foi maconha, poderiam ter suas penas revistas para uma possível requalificação da condição de traficante para usuário.

33

Por sua vez, a adoção do critério proposto no ?Cenário 2?, o qual estipula o limite de 40 gramas de maconha ou 10 (dez) plantas fêmeas, poderia resultar na revisão das penas de aproximadamente 33% dos condenados. Em consonância a este cenário, os ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso propuseram um limite de 25 a 60 gramas, bem como o cultivo de até 6 plantas fêmeas, de modo que entre 27 e 40 % das penas podem ser revistas.

E, finalmente, se adotado o critério do ?Cenário 3?, cujo limite seria maior, na gramatura de 100 gramas de maconha ou 20 (vinte) plantas fêmeas, limite que chegou a ser proposto pelo ministro Luís Roberto Barroso, cerca de 48% dos condenados por tráfico poderiam ter suas penas revistas.

Vale destacar ainda que, o Ministro André Mendonça propôs o limite de até 10 gramas, o que, segundo Marcelo Semer, após denso estudo acerca do papel dos juízes no encarceramento47, representa aproximadamente 14% das prisões por porte de maconha.

Ademais, o estudo do Ipea, demonstra ainda que, para além da maconha, no caso da cocaína, pelo menos o percentual de 31% dos presos por tráfico poderia ter sua pena revista caso o Supremo fixasse um parâmetro de 10 gramas, bem como o percentual de 37% caso fosse fixado o limite de 15 gramas.

Sendo assim, o estudo projeta a possibilidade de reclassificar como porte para uso de drogas, aproximadamente, entre 27 e 48% das apreensões de cannabis e entre 31 e 37% das apreensões de cocaína.

Neste sentido, à luz do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, verifica-se que os critérios sugeridos pelos ministros estão, em sua maioria, em consonância aos critérios adotados pelo Ipea na realização de sua pesquisa.

Em tempo, é importante destacar ainda que o julgamento do Recurso Extraordinário 635.59 está em curso há aproximadamente 9 (nove) anos. E, esta morosidade na definição, pode ter contribuído para o aumento da população carcerária, conforme verifica-se dos dados extraídos através do SISDEPEN.

De acordo com os dados extraídos pelo SISDEPEN, observa-se no levantamento realizado no último semestre de 2014, ano que antecede o início do julgamento, que o Brasil tinha à época um contingente de 147.475 pessoas privadas de liberdade por crimes relacionados à lei de drogas.

47 SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019.

34

Ocorre que, diante da morosidade no julgamento, este contingente cresceu

significativamente, alcançando a marca aproximada de 200.000 presos no segundo semestre de 2023, conforme 15º ciclo de coleta levantado pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ou seja, um aumento de aproximadamente 35%.

Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN - 15º ciclo de coleta).

Sendo assim, destaca-se que, levando em consideração os cenários apresentados pelo Ipea, este aumento poderia ter sido evitado se o julgamento já houvesse sido definido. Portanto, conforme argumenta Alexandre de Moraes48, a fixação de critérios mais objetivos para a distinção entre traficantes e usuários levariam a diminuição da discricionariedade policial no momento da realização do flagrante e, posteriormente, a discricionariedade do Ministério Público no momento da denúncia e a judicial na tipificação final da conduta, o que, consequentemente reduziria o número das prisões em razão da lei de drogas.

48 DE MORAES, Alexandre. RE 63659/SP. Voto do Ministro Alexandre de Moraes proferido em 02/08/2023, p. 25-27.

35

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou compreender os fundamentos da configuração da Lei 11.343/2006, bem como, ancorado em dados estatísticos, entender os reflexos da sua aplicação no sistema penitenciário brasileiro.

Para tanto, foi traçada uma perspectiva histórica acerca da utilização de substâncias psicoativas, bem como as origens da política proibicionista de drogas buscando entender suas causas e consequências. Sendo assim, foi possível vislumbrar que há milênios essa prática é utilizada pelas mais diversas culturas para os mais variados fins, sejam eles ritualísticos, religiosos ou de cunho pessoal.

Após isto, buscou-se compreender as raízes do proibicionismo no Brasil, momento em que observou-se que o proibicionismo foi alicerçado, notadamente por questões morais, econômicas e sociais, ou seja, embora criado sob o crivo da proteção da saúde pública, este argumento, na verdade, se mostra secundário.

Buscando compreender o impacto da Lei de Drogas no sistema carcerário brasileiro, foi realizada uma pesquisa do tipo documental com análise dos dados estatísticos do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN). Neste momento, através do levantamento realizado, observou-se que após o advento da lei de drogas, a população carcerária brasileira mais que dobrou, e, embora não se possa imputar este crescimento unicamente à Lei de Drogas, não se pode ignorar sua decisiva influência para que fossem atingidos estes números.

Conforme os dados levantados, o número de presos por crimes relacionados a drogas no Brasil sob a vigência da Lei nº 6.368/76 consistia no montante de 32.880 até o fim de 2005. Por sua vez, com o advento da Lei nº 11.343/06, Lei de Drogas em vigor, este número atingiu o contingente de 199.731 presos, portanto, verificamos um aumento de pelo menos 166.851 pessoas privadas de liberdade em razão desta lei, ou seja, um impactante aumento no percentual de aproximadamente 507%.

Por fim, foi analisado o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (Tema

506), buscando compreender os possíveis impactos da eminente decisão pelo Supremo Tribunal Federal que, descriminalizando ou não o porte para consumo pessoal da maconha, fixará um critério objetivo que servirá de parâmetro para auxiliar no julgamento dos crimes relacionados a drogas.

Conforme exposto, os critérios sugeridos pelos ministros variam do limite mais conservador de apenas 10 gramas de cannabis, para a gramatura mais liberal de 100

36

gramas, destacando ainda que, em sua maioria, os ministros sugeriram que seja fixado o parâmetro de 25 gramas ou 6 plantas fêmeas para cultivo.

Assim, após análise dos estudos realizadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) em conjunto com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos do Ministérios de Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP), foi possível chegar a conclusão de que se estabelecido um critério de 25 gramas de maconha ou 6 plantas fêmeas 27% dos presos por porte de maconha poderão ter suas penas revistas, se fixado um parâmetro de 40 gramas ou 10 plantas fêmeas este percentual seria de pelo menos 33%, e, por, fim, se fixado o parâmetro de 100 gramas, cerca de 48% dos presos poderiam pedir revisão criminal e ter suas penas revistas.

Conclui-se, portanto, que ante todo o exposto no decorrer deste trabalho, a Lei 11.343/06, teve papel decisivo no aumento da população carcerária brasileira. Principalmente porque, a ausência de critérios quantitativos claros para distinguir o usuário do traficante deixou lacunas legais que permitiram a atuação discricionária do poder público, notadamente pelos policiais e juízes.

A decisão do Supremo Tribunal em estabelecer um parâmetro objetivo para distinguir entre usuários e traficantes de drogas é uma medida importante, ainda que não resolva de imediato a problemática da superlotação carcerária. No entanto, essa decisão tem o potencial de conter o crescimento exponencial da população prisional, o que, por sua vez, poderá contribuir para a redução da superlotação ao longo do tempo.

37

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Marcelo Caetano Bittencourt Pizzani Ribeiro. Análise Crítica dos Impactos da Lei 11.343/06 nos Rumos do Encarceramento no Brasil. Fortaleza/CE, Vol. 11, Edição 231, 2023. Disponível em: http://dx.doi.org/10.35265/2236-6717-231-12510. Acesso em 23 jun. 2024

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659. Tema: Repercussão Geral 506. Recorrente: Francisco Benedito De Souza. Recorrido: Ministério Público Do Estado De São Paulo. Relator: Gilmar Mendes. Órgão De Origem: TJSP - 1º Colégio Recursal - Central São Paulo. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145. Acesso em 12 mai. 2024.

_____. Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915. Promulga a Convenção Internacional do Ópio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assinados na Haya. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 3597. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D11481.html. Acesso em: 16

jun. 2024
_____. Decreto nº 4.294, de 06 de julho de 1921. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 13407. Disponível em:https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-publicacaooriginal-92525-pl.html. Acesso em 16 jun. 2024
_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 23911. Coleção de Leis do Brasil - 194 0, Página 187 Vol.7. 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: 14 jun. 2024
_____. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 out. 1976. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6368-21-outubro-1976-357249-norma-pl.html. Acesso em: 10 mai. 2024
_____. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2
BASILIO, Adriene Jayme. A Guerra Contra As Drogas E A Superlotação Carcerária No Brasil. 2022. 62 f. Monografia. Pontifícia Universidade Católica De Goiás, Goiás, 2022.
BLOCK, Walter. Drug prohibition: a legal and economic analysis. Journal of Business Ethics, Worcester, v. 12, p. 689-700, set. 1993.
BOITEUX, Luciana. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade. 273 f. Tese (doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em:
38
https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf Acesso em: 12 mai. 2024.
_____, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), 2014. p. 92.
CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.
COFFI, Pedro Pasquotto. A ausência de critérios objetivos na lei 11.343/2006. 2018. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Penal e Criminologia. Porto Alegre. 2018, P. 37.
DE MELO, Michel Cícero M. Acórdãos, Objetos e Territórios: Tráfico de drogas e associação para o tráfico nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 2020. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.
DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2005.

Disponível em:
https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf. Acesso em: 27 mai. 2024
DOMENICI, Thiago e BARCELOS, Iuri. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. Disponível em: Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo - Agência Pública.
ESCOHOTADO, Antônio. História General de Las Drogas. 3. ed. rev. aum. Madri: Alianza, 1995. 3 v
FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em:
https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf. Acesso em: 12/04/2024. Acesso em: 30 mai. 2024.
JESUS, Maria Gorete Marques de. ?O Que Está no Mundo não Está nos Autos?: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. São Paulo: Tese (Doutorado em Sociologia) ? Universidade de São Paulo, 2015.
KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013. Disponível em:
http://dspace/xmlui/bitstream/item/6937/PDIexibepdf.pdf?sequence=1. Acesso em: 11/11/2024
39
LABATE, Beatriz Caiuby. Viagem ao centro do Iboga. Publicado em:
http://www.terramistica.com.br/index.php?add=Artigos&file=article&sid=56&ch=4. Acesso em: 16 de jun. 2024
INÁCIO, Mariana Secorun; BUENO, Marina Manzoni. Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021.
PAIS, T.A. ?Drug Profiling: O caso da Heroína?. 2011. 92 f. Dissertação apresentada para provas de Mestrado em Química Forense, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.
PILATI, Rachel Cardoso. Direito Penal do Inimigo e Política Criminal de Drogas no Brasil: Discussão de Modelos Alternativos. 2011. 164 f. (Dissertação) Universidade Federal de Santa Catarina.
RAMOS, Alex Agra. Dispositivo autocrático de segurança: violência policial e dominação burguesa no Brasil. Salvador, 2020.
Relatório um tiro no pé: impactos da proibição das drogas no orçamento do sistema de justiça criminal do Rio de Janeiro e São Paulo. Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC). Disponível em: https://drogasquantocustaproibir.com.br/. Acesso em 16 mai. 2024
Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas. 2011. Disponível em:
http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2017/10/GCDP_WaronDrugs_PT.pdf. Acesso em: 20 abr. 2024
RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do

proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014
SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019.
VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, 2021.
WACQUANT, Loïc. As Prisões da Miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research (ICPR), em Birkbeck, Universidade de Londres. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/ Acesso em: 14 mai. 2024
ZALUAR, Alba. Democratização inacabada: fracasso da segurança pública. Estudos Avançados, 2007. 21(61), 31?49. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0103-40142007000300003. Acesso em: 24 abr. 2024

==========

Arquivo 1: TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf (9878 termos)
Arquivo 2: https://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-2019/sisdepen-transforma-administracao-penitenciaria-brasil (1136 termos)
Termos comuns: 22
Similaridade: 0,20%
O texto abaixo é o conteúdo do documento TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf (9878 termos)
Os termos em vermelho foram encontrados no documento https://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-2019/sisdepen-transforma-administracao-penitenciaria-brasil (1136 termos)

==========

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
GRADUAÇÃO EM DIREITO
JOÃO VICTOR DE MATOS SILVA
POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL:
O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA
POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
Salvador
2024
JOÃO VICTOR DE MATOS SILVA
POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL:
O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA
POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
Artigo apresentado ao Curso de
Graduação da Universidade Católica
do Salvador, como requisito parcial
para a obtenção do Título de Graduado
em Direito.
Orientador: Alan Roque Souza de
Araujo.
Salvador
2024
3POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL: O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
João Victor de Matos Silva1
Alan Roque Souza De Araujo2
RESUMO: A utilização de substâncias psicoativas é uma realidade que pode ser observada há milênios em diferentes civilizações e para os mais diversos fins, sejam estes, de cunho personalíssimo, ritualístico, religioso, terapêutico e/ou medicinais. Em contrapartida, vislumbra-se também que ao longo do tempo estas substâncias,

popularmente conhecidas como drogas, passaram a ser combatidas pelo Estado, geralmente por meio do aparelho repressivo estatal, que, contudo, não tem sido exitoso em seus objetivos. Neste sentido, diante da evidente ineficácia estatal, que tem contribuído para a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, conforme análise dos dados pesquisados, é importante reavaliar estratégias para enfrentar os problemas causados pelo comércio ilícito de drogas, e, neste aspecto, busca-se compreender como o julgamento do Recurso extraordinário 635.659 pode impactar na população carcerária brasileira.

PALAVRAS CHAVE: Proibicionismo. Drogas. Encarceramento. Seletividade Penal. Recurso Extraordinário 635.659.

ABSTRACT: The use of psychoactive substances is a reality that can be observed for millennia in different civilizations and for the most diverse purposes, be they very personal, ritualistic, religious, therapeutic and/or medicinal. On the other hand, it can also be seen that over time these substances, popularly known as drugs, have come to be combated by the state, usually through the state's repressive apparatus, which, however, has not been successful in its objectives. In this sense, given the obvious inefficiency of the state, which has contributed to the overcrowding of the Brazilian prison system, according to an analysis of the data researched, it is important to re-evaluate strategies to tackle the problems caused by the illicit drug trade, and in this regard, we seek to understand how the judgment of Extraordinary Appeal 635.659 may impact on the Brazilian prison population.

KEYWORDS: Prohibitionism. Drugs. Imprisonment. Criminal Selectivity. Extraordinary Appeal 635.659.

2 Professor universitário. Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista Internacional em Segurança Pública pela UNEB e Universitá Degli Studi di Padova. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Cairu. Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Superior (UNYAHNA).

1 Graduando no curso de Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). E-mail: joaovm.silva@ucsal.edu.br

4SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. DA POLÍTICA DE DROGAS ADOTADA NO BRASIL: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA 2.1 O PROIBICIONISMO NO BRASIL E A LEI 11.343/2006 2.2. A PROBLEMÁTICA DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS: COMO DISTINGUIR USUÁRIO DE TRAFICANTE 3. ANÁLISE DOCUMENTAL DO SISDEPEN: IMPACTO DA LEI DE DROGAS PARA A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO 3.1 POPULAÇÃO CARCERÁRIA ANTES E DEPOIS DA LEI DE DROGAS. 3.2 VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO POLICIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS 4. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POLÍTICA DE DROGAS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RE 635.659 4.1 PERCURSO METODOLÓGICO EMPREGADO PARA ANÁLISE DO JULGAMENTO 4.2 DESCRIÇÃO DO JULGAMENTO 4.3 OS VOTOS DOS MINISTROS 5. IMPACTO DO JULGAMENTO DO RE 635.659 NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho buscou compreender a configuração da Lei de Drogas sancionada em 2006 (Lei 11.343/2006), e, notadamente, quais são os seus reflexos no sistema penitenciário brasileiro.

É possível observar que, desde o início da vigência da Lei 11.343/2006, o número de pessoas privadas de liberdade em razão da Lei de Drogas, de forma provisória ou definitiva, teve um vertiginoso aumento, fator que contribuiu essencialmente para a superlotação do sistema carcerário. Prova disso, é que o Brasil tem hoje a terceira maior população carcerária do mundo, e, segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023)3, o encarceramento por crimes ligados a drogas deu um salto de aproximadamente 300% desde a promulgação da referida lei.

Um dos fatores para esse aumento, consiste na ausência de determinação no dispositivo legal de uma característica mais objetiva, como a gramatura ou quantidade que sirva de limite para distinguir o porte para consumo do tráfico de drogas, conforme aponta Pedro Pasquotto Coffi.4

Embora a quantidade não seja o único fator considerado para configurar a prisão por tráfico de drogas, a ausência de critério quantitativo tem contribuído significativamente para a prisão de usuários como se traficantes fossem, em razão da

4 COFFI, Pedro Pasquotto. A ausência de critérios objetivos na lei 11.343/2006. 2018. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Penal e Criminologia. Porto Alegre. 2018, P. 37.

3 Anuário Brasileiro de Segurança Pública / Fórum Brasileiro de Segurança Pública. ? 1 (2006) -. ? São Paulo: FBSP, 2023. 357 p.: il.

5seletividade penal no sistema de segurança pública brasileiro. Sendo assim, nas palavras de Luís Carlos Valois, tem sido fator importante na superlotação do já precário e abandonado sistema penitenciário5, sendo causa de rebeliões, mortes e violências de todas as espécies.

Diante disso, através do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (Tema de Repercussão Geral nº 506), que questiona a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, se discute no Supremo Tribunal Federal a necessidade do estabelecimento de critérios menos discricionários para, nas palavras do Ministro Alexandre de Moraes, ?evitar que uma mesma conduta, dependendo do local, condição social da pessoa ou outros elementos, possa ser definida como tráfico ou como posse para uso pessoal? 6.

Neste sentido, ainda segundo Moraes (2023)7, é importante que sejam estabelecidos critérios mais objetivos para a distinção entre traficantes e usuários, para que assim seja possível reduzir a discricionariedade policial quando do flagrante, bem como do Ministério Público quando da denúncia e da justiça quando da tipificação final da conduta.

Nesta senda, o problema de pesquisa que se busca responder com o presente artigo é como o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pode impactar na população carcerária brasileira. Defende-se, portanto, a importância desta pesquisa pois, a aplicação da Lei de Drogas (Lei 11.342/2006), tem se mostrado ineficaz para com os seus objetivos, tendo em vista que a ausência de um critério objetivo para distinguir o tráfico de drogas para o porte de droga para consumo pessoal, conforme Moraes (2023)

tem dado margem para a discricionariedade policial e, com isso, tem sido responsável por um elevado número de prisões discricionárias.
Portanto, ante à obsoleta política criminal de drogas, a presente discussão se mostra essencial para a busca de um modelo alternativo de política de drogas que não seja orientado pelo paradigma proibicionista e repressivo e que tenha como escopo a busca pela redução das prisões por crimes relacionados a drogas.
Neste sentido, este trabalho terá como objetivo mais amplo identificar o impacto da política de combate às drogas adotadas no Brasil para o superencarceramento e como
7 DE MORAES, Alexandre. RE 63659/SP. Voto do Ministro Alexandre de Moraes proferido em 02/08/2023.
6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659 ? São Paulo. Repercussão geral nº 506 no Recurso Extraordinário.
5 VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, 2021, p.453.
6o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pode impactar na redução destas prisões.
Deste modo, para encontrar uma resposta ao problema de pesquisa proposto, foi necessário compreender alguns aspectos que foram subdivididos em 5 (cinco) capítulos.
Inicialmente, fez-se necessário buscar entender a gênese da política proibicionista de combate às drogas para que assim fosse possível compreender a construção da Lei 11.342/2006, bem como os seus reflexos na sociedade brasileira.
No capítulo seguinte buscou-se entender a importância do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na amortização do superencarceramento causado pela lei de drogas, através de análise dos votos dos ministros e a projeção do impacto da iminente decisão.
Em seguida, para demonstrar o crescimento da população carcerária brasileira, realizou-se uma comparação entre a população carcerária brasileira incidentes nos artigos da lei de drogas desde o início da sua vigência aos dias atuais. Neste sentido, buscou-se analisar dados, levantamentos e estatísticas penitenciárias realizados pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ferramenta utilizada pela Secretaria Nacional de Políticas penais para coletar informações padronizadas e realizar um eficaz mapeamento do sistema penitenciário no Brasil.
A metodologia utilizada foi a pesquisa qualitativa do tipo documental, tendo em vista que para mensurar estatisticamente o aumento gradativo da população carcerária brasileira por crimes relacionados a drogas, foi realizado a análise dos dados e relatórios extraídos pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), bem como pesquisa bibliográfica através de autores de referência mediante suas obras extraídas de repositórios acadêmicos como o repositório institucional da Universidade de São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, bem como periódicos como Scielo e Google Acadêmico.
Nesta senda, cumpre destacar que esta pesquisa não buscou deliberar acerca do processo legislativo que produziu a Lei 11.243/2006, tampouco buscou analisar a lei de drogas sob o crivo do processo penal, mas investigar as possíveis relações entre a Lei de Drogas e o aumento do encarceramento brasileiro, tomando como referência dados

extraídos através do SISDEPEN.

72. DA POLÍTICA DE DROGAS ADOTADA NO BRASIL: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOMODELO PROIBICIONISTA.

A utilização de substâncias psicoativas, usualmente chamadas de drogas, não é uma exclusividade da modernidade. É possível observar, historicamente, que há milênios substâncias entorpecentes são utilizadas pelas mais diversas sociedades para fins de cunho personalíssimo, ritualístico, religioso, terapêutico e/ou medicinais.8

Exemplo disso é que, conforme demonstrado por Beatriz Labate, há cerca de cinco milênios, a tribo Pigmeu, habitante na África Central, ao observar como agiam os javalis que se alimentavam de determinado arbusto nativo daquela região, o Tabernanthe iboga, acabaram descobrindo as propriedades alucinógenas geradas através consumo da referida planta, motivo pelo qual passaram a consumi-la sob a lógica do entorpecimento9.

Não obstante, conforme registros deixados em papiros mesopotâmicos, verifica-se que a utilização de opioides e opiáceos na antiga Mesopotâmia era uma prática realizada há cerca de oito milênios. Inclusive, é possível observar que drogas consideradas atualmente como mais pesadas tais quais o ópio, heroína e a morfina, antes de terem sido classificadas como drogas de caráter ilícito, foram amplamente utilizadas pela medicina como alternativa para tratar de alguns problemas na saúde como a dor.10

Sendo assim, Pablo Ornelas Rosa11, aponta que não se trata, obviamente, de um fenômeno hodierno, mas de uma questão milenar que ultrapassa gerações. Portanto, para compreender como se originaram as políticas proibicionistas a nível global e a nível nacional, é indispensável entender como as sociedades mais remotas se comportavam diante destas substâncias.

Desde que passaram a ser utilizadas para fins psicotrópicos, aduz Salo de Carvalho, as drogas passaram a ser objeto de controvérsias e, consequentemente, combatidas pelo Estado.12

12 CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

11 ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014

10 ARAÚJO, Frederico Fonseca Casagrande de. Drogas: Uma análise histórica, social e contextual das políticas proibicionistas e de seus impactos sociais. Monografia. Curso de Direito. Faculdade Vale do Cricaré, São Matheus. 2018, p. 15.

9 LABATE, Beatriz Caiuby. Viagem ao centro do Iboga. 2001.

8 ARAÚJO, Frederico Fonseca Casagrande de. Drogas: Uma análise histórica, social e contextual das políticas proibicionistas e de seus impactos sociais. Monografia. Curso de Direito. Faculdade Vale do Cricaré, São Matheus. 2018, p. 14.

8Historicamente, é possível observar nas civilizações ocidentais e orientais algumas medidas proibitivas adotadas na primeira metade do século XIX. Neste sentido, as primeiras medidas restritivas ao consumo e comércio de drogas adotadas no ocidente, conforme Baesso (2013), citado por Araújo (2018), ocorreram após a revolução industrial, principalmente a partir do desenvolvimento da indústria farmacêutica.

Por sua vez, outro momento histórico que permite entender uma nova ordem internacional em torno da política proibicionista de drogas, desta vez no oriente, é a

famigerada Guerra do Ópio travada entre China e Reino Unido.13
Escohotado14 argumenta que a China, ainda na primeira metade do século XIX, adotou uma série de medidas proibitivas contra o comércio do ópio, inclusive, confiscando e destruindo centenas de carregamentos de navios ingleses, maiores exportadores de ópio para a China, o que levou a Inglaterra a invadir a China para garantir a continuidade do comércio de ópio na região.
Ocorre que, o combate mais incisivo contra a produção, comércio e até ao consumo para fins recreativos destas substâncias psicoativas veio tomar proporções globais, quando da adoção de políticas mais severas adotadas pelos Estados Unidos da América.
De acordo com Souza e Calvete (2017)15 uma das principais razões da proibição de psicotrópicos na cultura norte americana, foi a forte influência da ética protestantista, a partir da premissa de que o descontrole e a irresponsabilidade não poderiam ser tolerados, e, portanto, a utilização de substâncias psicoativas deveria ser veementemente combatida, o que demonstra que tais políticas foram influenciadas pelo crivo da moralidade.
Nesta mesma linha, conforme aponta Pablo Ornelas Rosa16, as primeiras medidas proibitivas adotadas pelos Estados Unidos da América na segunda metade do século XIX, foram fundadas em conotações xenófobas e repressivas. Ainda segundo Rosa, esta política era direcionada ao combate ao ópio era amplamente utilizado por imigrantes chineses.
16 ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014.
15 CALVETE, Cássio da Silva; SOUZA, Taciana Santos. História e formação do mercado das drogas. Revista de Economia, v.41, n. 76, p. 401-429, Universidade Federal do Paraná, 2020.
14 ESCOHOTADO, Antônio. História General de Las Drogas. 3. ed. rev.aum. Madri: Alianza, 1995. 3 v
13 RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
9[...] possível constatar a conotação explicitamente racista, xenófoba e repressiva, que provavelmente tem sua procedência no Decreto de Expulsão de Chineses de 1882. Esta lei procurou não somente estigmatizar, mas também criminalizar os chineses que naquele momento eram considerados os grandes consumidores de ópio, tratados, a partir daquele episódio da história, como agressores da cultura e da moral estadunidense. (ROSA, 2014, p. 283)
Já no século XX, as políticas repressivas atinentes ao controle das drogas são munidas de um caráter belicista, principalmente quando da realização da Convenção Única sobre Entorpecentes da ONU em 1961 onde foram fincadas as bases legais da política internacional de guerra às drogas.
Neste sentido, conforme aponta Pilati 17, embora já houvesse uma política de drogas pautada pelo proibicionismo, um marco repressivo foi o governo de Richard Nixon que em 1971 pronunciou-se à população declarando que as drogas eram o inimigo número um dos Estados Unidos da América, declarando o início a uma verdadeira corrida antidrogas.
Neste sentido, atualmente, a temática abordada é regulamentada em sede

internacional a partir dos seguintes acordos internacionais: A Convenção Única da ONU sobre Entorpecentes de 1961, a Convenção da ONU sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e a Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, os quais preveem medidas para a erradicação do tráfico sob a ótica proibicionista.

2.1. O PROIBICIONISMO NO BRASIL E A LEI 11.343/2006

Neste aspecto, é importante compreender a construção do modelo de combate às drogas adotado no Brasil, notadamente a ótica da legislação proibicionista (Lei 11.343/06) que orienta o judiciário e os demais poderes.

No Brasil, há registros de medidas proibitivas, ainda que esparsas, desde a época colonial. Conforme aponta Salo de Carvalho, a incriminação do porte, do comércio ou do uso de determinadas substâncias tóxicas aparecem já nas Ordenações Filipinas no século XVII.18

18 CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

17 PILATI, Rachel Cardoso. Direito Penal Do Inimigo E Política Criminal De Drogas No Brasil: Discussão De Modelos Alternativos. 2011. 164 f. (Dissertação) Universidade Federal de Santa Catarina.

10

No início do século XX, sob influência internacional, que discutia a regulamentação do consumo e comércio do ópio, o Brasil adotou medidas restritivas com o escopo de impedir o uso indiscriminado do ópio e seus derivados, bem como outras substâncias químicas e orgânicas, através do Decreto nº 11.481, aprovado em 1915.19

Contudo, somente na década seguinte, é que foi editado pelo então presidente Epitácio Pessoa um decreto que estabeleceu medidas específicas relacionadas ao comércio de drogas, indicando as penalidades e procedimentos.20

Embora o Código Penal Republicano já tivesse disposição expressa acerca da proibição de determinadas substâncias tóxicas, Maria Lúcia Karam,21 aponta que a criminalização de condutas como a produção, distribuição e consumo de drogas que tornaram-se ilícitas de fato somente ocorreu com o advento das leis penais de 1932, que através do artigo 25, estabeleceu as condutas que configurariam tráfico de drogas instituindo penas privativas de liberdade de uma a cinco anos e multa.

Em seguida, houve a sistematização destas sanções a partir da edição do Código Penal de 194022, sob a ditadura do Estado Novo, prevendo a criminalização do tráfico e também da posse de substâncias entorpecentes.

Verifica-se que, em consonância às experiências internacionais, notadamente norte americana, observa-se que as origens proibicionistas brasileiras se dão em razão de questões não científicas. Nesta linha, inclusive, Moraes (2023) destaca que a proibição da maconha no Brasil, de forma similar aos Estados Unidos, no início do século XX, se deu baseada em questões morais.

A Lei 6.368/76, conhecida por Lei de Tóxicos23, estabeleceu medidas rigorosas para o controle e a repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes, além de prever tratamentos para dependentes químicos.

23 BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de repressão ao tráfico ilícito e

uso indevido de substâncias entorpecentes. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 out. 1976.
22 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 23911. Coleção de Leis do Brasil - 194 0, Página 187 Vol.7.
21 KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013
20BRASIL. Decreto nº 4.294, de 06 de julho de 1921. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 13407.
19BRASIL. Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915. Promulga a Convenção Internacional do Ópio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assinados na Haya. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 3597.
11
Sob a vigência desta lei, o uso ou porte de drogas para consumo pessoal era considerado um delito penal, de modo que previa pena de detenção de 6 meses a dois anos. E, por sua vez, impunha penas significativamente mais severas ao delito de tráfico de drogas, de modo que os traficantes estavam sujeitos a penas mais longas que iam de 3 a 15 anos de reclusão, além de condenação ao pagamento de multas, cujo valor variava conforme o caso específico.
Por fim, no ano de 2006 foi configurada a atual Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), que buscando compatibilizar as disposições normativas que a antecedem, prescreveu medidas que preveem a reinserção social dos usuários/dependentes químicos, bem como medidas preventivas voltadas para o controle do uso indiscriminado destas substâncias.
Outro aspecto da referida lei, é que ela traz em seu bojo um avanço no que diz respeito ao reconhecimento da diferença entre o usuário e o traficante, que doravante passaram a ser enquadrados em dispositivos diferentes.
A nova lei de drogas retirou a pena de prisão da posse de drogas para consumo próprio, porém, manteve a sua utilização como crime. O artigo 28 da referida lei, define como usuário aquele que ?adquire, guarda, tem depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar?.24
Neste caso, são previstos 3 (três) tipos sancionatórios (1) a advertência sobre os efeitos das drogas pelo juiz, (2) a prestação de serviços à comunidade num prazo máximo de 5 (cinco) anos que pode ser elevado para 10 (dez) em caso de reincidência, e, por fim, (3) a obrigatoriedade de frequentar um curso educativo sobre as drogas.
Por sua vez, a comercialização destas substâncias continua sendo tipificada como crime, possuindo uma pena máxima de 15 (quinze) anos. Esta previsão está disposta no artigo 33 da Lei de Drogas que caracteriza o traficante aquele que ?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.?25
25 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.
24 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.
12

Portanto, verifica-se que embora a legislação tenha buscado tratar o fenômeno do controle das drogas a partir de uma lógica mais humana ao retirar a privação da liberdade para os usuários, tem causado efeito diverso daquele pretendido, tendo em vista que tem contribuído fundamentalmente com o aumento do sistema carcerário brasileiro.26

Neste mesmo sentido, argumenta Marcelo Caetano Bittencourt Pizzani Ribeiro de Andrade:

Em face do exposto no presente artigo, portanto, é inegável que o crescimento exponencial do aprisionamento no Brasil guarda estreita relação com a maneira que os atores do sistema de justiça criminal costumam aplicar os dispositivos sancionadores trazidos pela Lei nº 11.343/2006. (ANDRADE, 2023, p.13)

Portanto, além de não proteger a tutela da saúde coletiva, conforme proposto, o encarceramento causado com a sua aplicação tem desrespeitado constantemente a premissa constitucional da dignidade da pessoa humana.

2.2. A PROBLEMÁTICA DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS: COMO DISTINGUIR USUÁRIO DE TRAFICANTE?

Como dito no tópico anterior, em substituição a Lei 6.368/76, a legislação brasileira sobre drogas foi disciplinada pela Lei 11.343/2006 e trouxe em seu bojo, dentre outras alterações, uma inovação: distinção entre usuário e traficante. Com isto, a nova lei de drogas, introduziu mudanças substanciais no tratamento dispensado aos usuários e aos traficantes de drogas de modo que, enquanto impõe ao usuário um tratamento mais sutil, por considerar delito de ínfimo potencial ofensivo, passa a tratar o traficante de drogas com mais severidade.

O artigo 33 da lei de drogas define como traficante aquele que ?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?, impondo uma pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

26 BASÍLIO, Adriene Jayme. A Guerra Contra As Drogas E A Superlotação Carcerária No Brasil. 2022. 62 f. Monografia. Pontifícia Universidade Católica De Goiás, Goiás, 2022.

Por sua vez, a definição de usuário pode ser extraída da leitura do artigo 28 da lei de drogas, a qual dispõe que o usuário é aquele que ?adquire, guarda, tem depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar?.

Contudo, da redação do § 2 do mesmo artigo, verifica-se que cabe ao julgador avaliar se a droga encontrada com o indivíduo se destinava ao uso pessoal, e que, para tanto, deverá levar em consideração aspectos como 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. Assim prevê o artigo 28 da lei 11.343/2006.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer 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. (BRASIL, 2006)

Da leitura do artigo supramencionado verifica-se que não há um parâmetro preciso de gramatura ou outra medida que permita quantificar o que diferencia o porte de droga para consumo pessoal do tráfico de drogas e sim, critérios pouco objetivos. Ocorre que, diante do marcante perfil punitivista dos agentes de segurança pública, desde os policiais que apreendem o indivíduo aos magistrados responsáveis pelo julgamento, ficar a critério da subjetividade do julgador quais são os fatores para diferenciar a condição de usuário para traficante é abrir margem para a discricionariedade.

Neste mesmo sentido, assim argumenta Luciana Boiteux 27.

Assim, o sistema brasileiro de controle de drogas atua de forma seletiva e autoritária, pois não limita o poder punitivo, pelo contrário, deixa de estabelecer limites e contornos diferenciadores exatos para as figuras do usuário, do pequeno, médio e grande traficante, e atribui às autoridades, no caso concreto, ampla margem de discricionariedade, o que acarreta uma aplicação injusta da lei. (BOITEUX, 2014, p. 92)

Neste aspecto, embora a lei preceitue que caberá ao juiz, baseado nas circunstâncias da prisão, diferenciar o usuário do traficante, na prática o que se vê é que

27 BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), 2014. p. 92.

esta distinção tem início desde a abordagem da polícia que, geralmente, é a única testemunha do fato, e, tendo em vista que sua palavra goza de presunção de veracidade e de presunção de legitimidade28, é peça fundamental na justificativa para as prisões.29

Neste sentido, Alex Agra Ramos30, chama atenção para o caráter racista e discriminatório do sistema de segurança pública no sentido de que o verdadeiro critério na distinção entre o traficante e o jovem usuário consiste na discriminação.

A diferença entre um traficante e um jovem é dada pelo critério racial e com ele, a diferença entre a vida matável e a vida ser preservada. O crime a ser combatido pouco importa, porque não se combate o crime, se combate aquele que é identificado como criminoso, se combate o inimigo. (RAMOS, p. 269, 2020)

Neste sentido, é importante que seja determinado um parâmetro mais objetivo capaz de distinguir consumo pessoal do tráfico de drogas, tendo em vista que, embora este critério não seja o único e determinante, conforme argumenta Alexandre de Moraes (2023), ?a ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na

medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes?.
Portanto, a ausência de um critério mais objetivo, que estabeleça uma quantidade de droga que sirva de parâmetro para o juiz analisar a prisão, tem se mostrado um grave problema de segurança pública, e tem contribuído fundamentalmente com a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, conforme será demonstrado nos capítulos subsequentes.
Neste sentido, Boiteux 31 aduz que:
[...] A atual política criminal de drogas no Brasil é um dos fatores que mais contribuíram para o agravamento da população carcerária. (Boiteux, 2006, p. 233)
Sendo assim, não restam dúvidas que a crise no sistema penitenciário brasileiro foi agravada pela política proibicionista, a qual se manifesta de diversas formas.
31 RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
30 RAMOS, Alex Agra. Dispositivo autocrático de segurança: violência policial e dominação burguesa no Brasil. Salvador, 2020.
29 DE MELO, Michel Cícero M. Acórdãos, Objetos e Territórios: Tráfico de drogas e associação para o tráfico nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 2020. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.
28 Acórdão 1242191, 00011028220198070014, Relator: SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, Segunda Turma Criminal, data de julgamento: 2/4/2020, publicado no PJe: 23/4/2020.
15
Portanto, a abordagem punitiva tem se mostrado ineficaz na redução do tráfico de drogas, enquanto perpetua um ciclo de criminalidade e marginalização. 32
3. ANÁLISE DOCUMENTAL DO SISDEPEN: IMPACTO DA LEI DE DROGAS PARA A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.
A política de combate às drogas adotada no Brasil é regida pela Lei nº 11.343/2006, a qual manteve criminalização do usuário sob o pretexto da prevenção ao uso indiscriminado e garantia do tratamento dos dependentes, com vistas a reinseri-los na sociedade, mas na prática o que se demonstra com a aplicação da referida lei é que jamais a criminalização cumpriu com suas promessas.33
Ademais, da análise dos dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023), verifica-se que o encarceramento por crimes ligados a drogas deu um salto de aproximadamente 300% desde a promulgação da lei de drogas.
Conforme mencionado no capítulo anterior, a ausência de um critério objetivo para o procedimento de distinção entre o consumo próprio e o tráfico de drogas tem contribuído fundamentalmente com a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, pois, a condenação de usuários como se fossem traficantes ajuda a compreender um dos motivos que transformou o Brasil na terceira maior população prisional do planeta34.
Isto ocorre, pois, tal ausência, permite a atuação discricionária do por parte do sistema penal, principalmente quando é a polícia quem classifica a ação do indivíduo, e que em sua maioria será a única testemunha do fato, sendo peça chave para toda a persecução penal.

Portanto, a partir de um estudo descritivo documental da análise dos dados, levantamentos e estatísticas penitenciárias realizados pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ferramenta utilizada pela Secretaria Nacional de Políticas penais para coletar informações padronizadas e realizar um eficaz mapeamento do sistema penitenciário no Brasil, foi possível analisar o contingente de prisões em razão da lei de drogas.

34 World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research (ICPR), em Birkbeck, Universidade de Londres.

33 PILATI, Rachel Cardoso. Direito penal do inimigo e política criminal de drogas no brasil: discussão de modelos alternativos. 2011. 164 f. Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal De Santa Catarina.

32 WACQUANT, Loïc. As Prisões da Miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

16

3.1. POPULAÇÃO CARCERÁRIA ANTES E DEPOIS DA LEI DE DROGAS.

A Lei 11.343/2006, foi publicada em 24 de agosto de 2006, entrando em vigor a partir do dia 08 de outubro de 2006, revogando expressamente em seu artigo 75, as leis anteriores.

Art. 75. Revogam-se a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. (BRASIL, 2006) 35

Neste sentido, conforme demonstrado anteriormente, a nova lei de drogas trouxe circunstanciais mudanças às legislações anteriores.

Segundo dados extraídos através do último relatório da Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), o Brasil alcançou no segundo semestre de 2023 a marca de 857.999 pessoas em situação de cumprimento de pena, sendo 656.811 em celas físicas (sistema penitenciário e outras carceragens) bem como 201.188 pessoas em prisão domiciliar (com ou sem monitoramento eletrônico) somente no âmbito estadual.36

Por sua vez, no âmbito federal, verifica-se que a população em cumprimento de pena (sistema penitenciário e outras carceragens) consiste em 12.265 pessoas em celas físicas.

É importante ser observado que desde que passou a viger a lei de drogas em 2006, a população carcerária brasileira mais que dobrou, tendo em vista que no ano anterior, sob vigência da Lei nº 6.368/1976 a população carcerária consistia em 401.236 pessoas encarceradas. Ou seja, houve um considerável aumento de 456.763 pessoas privadas de sua liberdade.

Naturalmente, não se pode imputar este aumento considerável unicamente à nova Lei de Drogas, tendo em vista a existência das mais variadas condutas tipificadas no Código Penal. Contudo, não se pode ignorar a sua decisiva influência para a superlotação do sistema carcerário.

Neste sentido, a análise simples dos dados acima mencionados acerca da evolução da população carcerária brasileira entre o período de 2005 a 2023, é um tanto

36 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf

35 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.
17
quanto abstrata. Sendo assim, é importante observar a evolução das prisões especificamente por crimes relacionados à Lei de Drogas.
No 15º ciclo de coleta levantado pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), referente ao segundo semestre de 2023, verifica-se que pelo menos o contingente de 199.731 pessoas respondem por crimes relacionados a Lei de Drogas, sendo que destas, 168.021 respondem pelo crime de Tráfico de Drogas previsto no artigo 33, 25.529 pessoas foram enquadradas no crime de Associação ao Tráfico tipificado no artigo 35, bem como 6.181 pelo crime de Tráfico internacional de drogas previsto no artigo 40 da mesma lei.
Por sua vez, no ano de 2005, ano que antecede o início da vigência da nova lei de drogas, havia no brasil cerca de 31.520 presos pelo crime de Tráfico de entorpecentes e 1.360 pessoas presas pelo crime de tráficos internacional de entorpecentes, totalizando um total de 32.880 pessoas encarceradas37 em razão da aplicação da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.
Fonte: 15º Ciclo Sisdepen (2º semestre de 2023)
Neste sentido, podemos observar que houve um aumento de pelo menos 166.851 pessoas respondendo por crimes relacionados ao envolvimento com drogas ilícitas, o
37 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? InfoPen. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2005.pdf
18
equivalente a 507%. Verifica-se ainda que, até 2006, os presos por crimes relacionados às drogas correspondiam a aproximadamente 8% da população carcerária brasileira, ocorre que, hodiernamente, este percentual consiste em aproximadamente 25%.38
Portanto, é evidente que a aplicação da Lei 11.343/06 contribuiu de forma significativa para o aumento da população carcerária brasileira, uma vez que a falta de critérios quantitativos claros para diferenciar usuários de traficantes cedeu margem para uma atuação discricionária por parte da polícia e do judiciário, resultando em interpretações subjetivas, o que levou ao encarceramento em massa de usuários como se traficante fossem.

3.2 VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO POLICIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

Conforme exposto nos tópicos anteriores, o parágrafo 2º do artigo 28 da Lei de Drogas, concede margem de discricionariedade ao julgador para, após avaliação de caso concreto, definir se o entorpecente apreendido seria destinado ao uso pessoal ou pra fins de tráfico de drogas, principalmente, em razão da ausência de critérios objetivos que sirvam de parâmetro para que se constate esta diferença, tais como o estabelecimento de gramatura ou outra medida que possibilite a quantificação da droga.
Neste aspecto, conforme aponta o Relatório desenvolvido pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania CESeC (Relatório Um Tiro no Pé, 2021), diante do marcante perfil punitivista dos agentes de segurança pública, desde os policiais que

apreendem o indivíduo aos magistrados responsáveis pelo julgamento, ficar a critério da subjetividade do julgador quais são os fatores quantitativos para diferenciar a condição de usuário para traficante é abrir margem para a discricionariedade.
Ocorre que, esta discricionariedade não tem início quando do julgamento pelo magistrado competente, mas, na verdade, ela ocorre desde a apreensão pela autoridade policial que, conforme a seguir será demonstrado, tem papel determinante quanto a formação da decisão do juízo.
38 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf
19
Conforme Inácio e Bueno, não é plausível que o depoimento de um policial, assim como qualquer outra prova testemunhal de forma isolada, seja considerada prova satisfatória e suficiente para embasar a convicção do juízo para uma eventual condenação, tendo em vista que ?além de não ser neutra ou imparcial, ainda possui o agravante da possibilidade de distorção dos fatos de forma intencional?39.
Ocorre que geralmente os processos que envolvem a Lei de Drogas surgem em decorrência de prisões em flagrante efetuadas pelas autoridades policiais motivo pelo qual, nestes casos é o policial quem poderá narrar as circunstâncias da prisão, informar as características do local de abordagem e afirmar com quem estava a droga.
Portanto, conforme aduz Maria Goete40, o magistrado somente terá o contato com o fato objeto de investigação a partir da perspectiva da autoridade policial que realizou a abordagem e realizou a prisão, momento em que classifica a infração penal, de modo que a palavra do policial tem função determinante na formação do convencimento do magistrado.
Sob essa mesma linha argumentativa, argumenta Boiteux (2014):
Com tais critérios extremamente vagos, e de difícil aplicação, a distinção no caso concreto acaba sendo feita pela primeira autoridade que tem contato com o acusado, prevalecendo a visão subjetiva desta, sendo excessivamente ampla a discricionariedade concedida ao policial. (BOITEUX, 2014, p. 90)
Neste sentido, Luis Carlos Valois41, após análise de inquéritos policiais relacionados aos crimes da lei de drogas, nas capitais de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e também no Distrito Federal, argumenta que 74% das prisões em flagrante pelo crime de tráfico de drogas (Art. 33 da Lei 11.343/06) tem como testemunhas apenas os policiais que realizaram a abordagem.
Para consubstanciar a pesquisa acima mencionada, faz-se mister destacar pesquisa similar realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da Universidade de São Paulo (USP), através de estudo denominado ?Prisão Provisória e Lei de Drogas ? Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo?.
Da análise da pesquisa do NEV, verifica-se que chegou-se a percentual equivalente ao exposto por Valois, qual seja, em 74% das prisões em flagrante em razão
41 VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, p. 493, 2021.
40 JESUS, Maria Gorete Marques de. ?O Que Está no Mundo não Está nos Autos?: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. São Paulo: Tese (Doutorado em Sociologia)

? Universidade de São Paulo, 2015.
39 Mariana Secorun Inácio e Marina Manzoni Bueno, Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021, p. 24.
20
da lei drogas, a testemunha é apenas o policial que realizou o flagrante, acrescentando ainda que, por sua vez, em 26% dos dos casos as testemunhas são a própria autoridade policial mais testemunha civil.
Ademais, o estudo mencionado evidencia ainda que 91% destes processos cuja única prova é o testemunho policial terminam com a condenação do réu pelo crime de tráfico de drogas.
Noutro aspecto, é importante trazer à lume também o levantamento realizado pela Agência Pública, o qual evidencia que nos processos cuja apreensão de droga foi até 10 gramas, em aproximadamente 84% dos casos a única prova considerada irrefutável foram os depoimentos dos policiais que realizaram a apreensão.42
Ainda de acordo com este levantamento, verifica-se das decisões analisadas que nos processos cuja única testemunha são os policiais, houve o percentual de 59% de condenações ao passo que quando houveram testemunhas civis este percentual foi reduzido para 44 %.
Esta diferença também fica demonstrada no que diz respeito ao índice de absolvição, tendo em vista que quando houveram testemunhas civis o índice de absolvição consistiu no percentual de 21 %, ao passo que quando as testemunhas foram apenas policiais o índice de absolvição caiu para apenas 14 %.
Nesta senda, Alba Zaluar 43 afirma que o poder policial e judiciário tem-se posicionado na verdade numa caça aos usuários, e não aos grandes traficantes.
[...] seria melhor se as forças de polícia não fossem empregadas para caçar os consumidores de droga ou os pequenos negociantes, e atribuíssem muito mais seus recursos à repressão de grandes traficantes e de lavadores do dinheiro sujo (ZALUAR, 2007, p. 03).
Portanto, ante todo o exposto, a ausência de critérios objetivos que diferenciem as condutas previstas no art. 28 e no art. 33 da Lei 11.343/06, tem permitido que a palavra dos policiais tenha o papel mais importante nos processos desta natureza, de modo que no fim das contas é quem efetivamente tipifica a conduta praticada pelo sujeito no delito de tráfico de drogas.44
44 Mariana Secorun Inácio e Marina Manzoni Bueno, Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021.
43 ALBA ZALUAR. Democratização Inacabada: Fracasso da Segurança Pública, 2007.
42 DOMENICI, Thiago e BARCELOS, Iuri. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. Disponível em: Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo - Agência Pública. Acesso em: 22/04/2024.
21
4. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POLÍTICA DE DROGAS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RE 635.659.
O Supremo Tribunal Federal (STF), representa a instância superior do Poder Judiciário brasileiro, desempenhando uma função primordial na salvaguarda da ordem

jurídica e na preservação dos preceitos estabelecidos na Constituição Federal.
Sendo assim, como órgão guardião da Carta Magna, compete-lhe a missão precípua de assegurar a conformidade das leis e atos normativos infraconstitucionais com os ditames constitucionais, consubstanciando-se, portanto, como o bastião máximo da legalidade e da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro.
Assim, dispõe o caput do artigo 102 da Constituição de 1988:
Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
Neste sentido, conforme delineado nos capítulos anteriores, a aplicação da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) tem causado uma série de problemas no âmbito da segurança pública, sobretudo porque tem contribuído significativamente para a superlotação das prisões no Brasil, uma vez que parcela considerável da população carcerária encontra-se detida pela incidência no crime de tráfico de drogas, fato que quem tem agravado as condições já precárias do sistema prisional nacional.
Diante desta problemática, através do julgamento do Recurso Extraordinário (635.659), avalia-se a consonância, ou não, do artigo 28 da Lei 11.343/2006, que trata do porte de drogas para uso pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada sob pena de violação ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.
Este julgamento tem atraído significativa atenção devido às suas implicações na política de drogas, direitos individuais e segurança pública.
Para compreender o julgamento em sua integralidade, necessário se fez analisar os autos mediante acesso ao Supremo Tribunal Federal.
Defende-se a importância dessa metodologia de busca, pois ela facilita o acesso às informações essenciais para o entendimento e o acompanhamento desse julgamento, já que permite a localização mais precisa de documentos, incluindo decisões, acórdãos, votos dos ministros, despachos e pareceres.
Neste sentido, foi adotado esse meio de pesquisa também em razão da sua confiabilidade, pois, o site do STF é atualizado constantemente para refletir os últimos
22
acontecimentos e decisões relacionados ao RE 635659. Esta atualização contínua assegura que as informações disponíveis são sempre as mais recentes, permitindo que os usuários se mantenham informados sobre o progresso e os desdobramentos do caso.
Portanto este suporte de busca permite uma análise detalhada dos argumentos apresentados, das fundamentações jurídicas e das interpretações dos ministros.
4.1. PERCURSO METODOLÓGICO EMPREGADO PARA ANÁLISE DO JULGAMENTO
Para obter os resultados pretendidos, quais sejam, as informações preliminares, partes e decisões no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, necessário se fez adentrar ao sítio eletrônico do Supremo, mediante acesso ao link
https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145.
Em seguida, ao clicar na aba ?Processos? e digitar o número do processo originário (0018946-13.2009.8.26.0161), ou clicar na aba ?Repercussão Geral? e colocar o número do tema, neste caso o 506, somos imediatamente direcionados a

página onde temos acesso a todas as informações necessárias para o desenvolvimento deste trabalho.
A partir do acesso ao sítio eletrônico mencionado, podemos ter acesso às publicações durante o julgamento mediante acesso ao ?Diário da Justiça Eletrônico (Dje)?, a ?Jurisprudência? (reconhecimento da repercussão geral, publicada em 09/03/2012), bem como ao leading case que nos fornece as informações gerais do processo, e, por fim acesso às peças processuais, tais como pedidos de ingresso como Amicus Curiae, sustentação oral etc, bem como acesso ao despachos e decisões prolatadas, mediante acesso a aba ?Peças?.
Por sua vez, não foi possível obter acesso ao inteiro teor do votos de todos os ministros, uma vez que alguns votos ainda não foram disponibilizados. Neste sentido, buscando a íntegra/inteiro teor dos votos dos ministros, tendo em vista a escassez em outros meios de pesquisa, necessário se fez entrar em contato, através de e-mail, com a Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do Supremo Tribunal Federal, setor responsável pelas pesquisas judiciárias no âmbito do supremo.
Neste momento, obtive o seguinte esclarecimento: ?Informamos que o referido julgamento ainda não foi finalizado, conforme o andamento processual, o julgamento foi suspenso por motivo de pedido de vista, e os ministros que votaram, ainda não
23
disponibilizaram seus votos. Sendo assim, só conseguimos disponibilizar os votos, no final do julgamento, com a publicação do referido acórdão."
Diante disso, obtive acesso tão somente ao inteiro teor dos votos do ministros Alexandre de Moraes, do relator Gilmar Mendes, Luis Roberto Barroso, e do Fachin, não foi possível ter acesso ao inteiro teor de todos os ministros, motivo pelo qual se fez necessário buscar fontes jornalísticas confiáveis, bem como ouvir os votos disponibilizados em plataformas de audiovisual, tais como o canal oficial do Supremo Tribunal Federal no YouTube.

4.2. DESCRIÇÃO DO JULGAMENTO

O referido julgamento foi iniciado após a interposição de recurso em favor de um condenado por porte de 3g (gramas) de cannabis sativa (maconha) que o Recorrente alegava ser para consumo próprio. Ocorre que, diante da condenação, a Defensoria Pública do estado de São Paulo interpôs recurso sob a alegação da inconstitucionalidade do art. 28, em face da violação do art. 5º, X, da Constituição Federal.

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988)

Assim, no decorrer do julgamento, explicou o ministro relator Gilmar Mendes45:

> No caso em análise, o art. 28 é impugnado sob o enfoque de sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. Não se funda o recurso na natureza em si das medidas previstas no

referido artigo, mas, essencialmente, na vedação constitucional à criminalização de condutas que diriam respeito, tão somente, à esfera pessoal do agente incriminado. (2015, p. 3 e 40)

Em dezembro de 2011, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a existência de repercussão geral na questão em debate sobre a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas (STF, 2011), motivo pelo qual o Ministro Gilmar Mendes, sorteado relator do caso, destacou a relevância social do tema

45 MENDES, Gilmar Ferreira. RE 63659/SP. Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes proferido em 20/08/2015.

24

e defendeu a importância da Corte se manifestar para pacificar a questão da possibilidade de descriminalização do porte de drogas para consumo próprio.

O julgamento teve início no Plenário do Supremo Tribunal Federal em 19 de agosto de 2015, e foi suspenso em setembro do mesmo ano após o pedido de vista do Ministro Teori Zavascki.

FICHA TÉCNICA LEADING CASE INSTÂNCIA RELATOR PROC.
ORIGINÁRIO
RECURSO
EXTRAORDINÁRIO
635.659
STF GILMAR
MENDES
0018946-13.2009.8.
26.0161
TRAMITAÇÃO PROTOCOLO
DA AÇÃO
RECONHECIMENTO DA
REP. GERAL (TEMA 506)
STATUS ATUAL
22/02/2011 09/12/2011 EM JULGAMENTO

Fonte: Supremo Tribunal Federal.

Após o falecimento do Ministro Teori Zavascki, o processo foi redistribuído, e novos debates surgiram, especialmente com a mudança de composição do STF. E, desde então, dos 11 (onze) ministros que compõem a Suprema Corte, votaram apenas 8 (oito). Dentre estes, os ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Rosa Weber votaram de forma favorável ao afastamento da criminalização do porte de maconha para consumo próprio. Por sua vez, os ministros Cristiano Zanin Martins, Kássio Nunes Marques e André Mendonça posicionaram-se de forma oposta.

Dessa forma, até o momento, o julgamento registra um placar de 5 a 3, com maioria de votos para afastar a criminalização do porte de maconha para consumo próprio. Contudo, o processo encontra-se suspenso após pedido de vistas do Ministro Dias Toffoli, para melhor análise, portanto, além de seu voto, ainda votarão os ministros Luiz Fux e Cármen Lúcia.

Conforme supracitado, o tema em julgamento trata da constitucionalidade dos tipos penais do art. 28 da Lei 11.343/06, de modo que se discute a inexistência de lesividade na conduta de porte de droga para consumo pessoal e o exercício da
25
autonomia privada, a qual é constitucionalmente protegida pelo direito à vida íntima, não havendo, portanto, qualquer ofensa à tutela da saúde pública.

Portanto, o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635.659, em andamento no Supremo Tribunal Federal (STF), representa um marco significativo na interpretação e aplicação da legislação brasileira referente ao porte de drogas para uso pessoal, e, sua decisão poderá ser um importante passo no caminho para amortização dos efeitos desta política que tem se demonstrado ineficaz em seus objetivos.

4.3. OS VOTOS DOS MINISTROS

Conforme já demonstrado, o Ministro Gilmar Mendes é o relator do julgamento ora analisado. Ainda em 2015, o ministro votou a favor da descriminalização do porte de qualquer tipo de droga desde que para consumo pessoal (STF, 2015).

O ministro iniciou sua abordagem, prestando esclarecimentos, sob a ótica do princípio da proporcionalidade, acerca dos crimes de perigo abstrato e as políticas regulatórias no contexto da Lei de Drogas, notadamente em relação ao usuário.

Em seu voto, Mendes destacou que não existem estudos suficientes ou incontroversos que demonstrem que a proibição é o meio mais eficaz no combate ao tráfico de drogas, enfatizando ainda que, em que pese tenha sido aplicada esta política de drogas, frequentemente chamada de "Guerra às Drogas", o tráfico tem aumentado consideravelmente nas últimas décadas.

O relator, destacou a importância de definir uma distinção precisa entre tráfico de drogas e posse para consumo pessoal, sob o argumento de que esta é crucial para o destino da pessoa abordada, tendo em vista que ela pode ser presa por até quinze anos, se condenada por tráfico, ou permanecer livre, sujeita apenas a medidas transitórias previstas no artigo 28, sem repercussões penais, se classificada como usuária.

O ministro demonstrou extrema preocupação quanto à seletividade do sistema penal, com indicações de tratamento mais rigoroso para pessoas em situação de vulnerabilidade, especialmente os viciados, tendo em vista que a interpretação subjetiva dos fatos pode levar a decisões arbitrárias.

?Da mesma forma, a percepção geral é de que o tratamento criminal aos usuários de drogas alcança, em geral, pessoas em situação de fragilidade econômica, com mais dificuldade em superar as consequências de um processo penal e reorganizar suas vidas depois desqualificados como criminosos por condutas que não vão além de mera lesão pessoal.
26
Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional.? (MENDES, STF, 2015)

Argumenta ainda, noutro aspecto, que o consumo de qualquer substância é uma decisão estritamente privada, e qualquer dano decorrente disso afeta principalmente a

saúde do próprio usuário, motivo pelo qual proibir esse consumo é desrespeitar a decisão individual do ser de arriscar a própria saúde, afastando, portanto, a saúde pública como bem jurídico tutelado.
Neste sentido, vota pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, afastando, portanto, qualquer efeito penal no dispositivo. Porém, mantendo as medidas administrativas até nova legislação específica.
?Tendo em conta os resultados retratados na pesquisa sobre práticas integrativas, há pouco noticiada, afigura-se que a aplicação, no que couber, das medidas previstas no referido artigo, sem qualquer efeito de natureza penal, mostra-se solução apropriada, em caráter transitório, ao cumprimento dos objetivos da política nacional de drogas, até que sobrevenha legislação específica.? (MENDES, STF 2015)
É importante destacar ainda que, no decorrer do julgamento, após o voto de Alexandre de Moraes, o ministro relator reajustou seu voto no sentido de descriminalizar tão somente o porte de maconha.
Em seguida, o ministro Edson Fachin também manifestou seu voto nos termos do relator, Gilmar Mendes, se alinhando ao pensamento de que o consumo de drogas deve ser considerado como fato da autodeterminação individual, de modo que tal consumo diz respeito à intimidade e privacidade do indivíduo (STF, 2015).
Fachin destaca ainda que, o caso em análise envolve especificamente o porte de maconha, e, que por prudência judicial, a decisão do Supremo Tribunal Federal de descriminalizar o porte de drogas para consumo pessoal deve ser limitada a essa substância.
O ministro Fachin faz questão de destacar que, sob a sua ótica, os critérios ou parâmetros objetivos para diferenciar o traficante do usuário deve ser fixado tão somente pelo Congresso Nacional.
Por sua vez, o ministro Luís Roberto Barroso, assim como Gilmar Mendes e Edson Fachin, também destacou que a medida implica que o Estado não tem autoridade para interferir ou punir o porte de drogas para consumo pessoal (STF, 2015).
27
Ocorre que, faz questão de frisar que tal medida não é equivalente à legalização do consumo de qualquer droga ilícita, nem mesmo a maconha, embora reconheça a inconsistência de descriminalizar o consumo enquanto a produção e distribuição de drogas continuam sendo crimes.
Barroso, demonstrando notória preocupação com o encarceramento gradativo da população brasileira, fez questão de ressaltar as implicações da criminalização do porte de pequenas quantidades de maconha para o elevado número de prisões no Brasil, especialmente entre jovens negros. Argumentando ainda que, é fundamental estabelecer uma quantidade específica para diferenciar o usuário do traficante.
Para a determinação do critério quantitativo na distinção entre usuário e traficante, o Ministro Luís Roberto Barroso, cita critérios adotados em outros países como exemplos a serem considerados. O Ministro esclarece que no Uruguai é adotado o critério de 40 gramas, na Espanha o critério de 100 gramas e, em Portugal, o qual considera uma experiência de sucesso, 25 gramas.

Diante disso, baseando-se nestes modelos, Barroso estabelece um critério quantitativo de 25g como o limite para presumir o portador como usuário, argumentando que esta presunção é tão somente inicial, de modo que pode ser refutada pelo magistrado de acordo com as circunstâncias no caso concreto. Noutro aspecto, no que diz respeito ao cultivo de Cannabis para consumo próprio, o Ministro propõe um limite de até 6 plantas fêmeas.

Em sequência, o Ministro Alexandre de Moraes argumenta que a problemática na aplicação da lei diz respeito ao artigo 28 da Lei de Drogas, pois, em sua visão, tal disposição aumentou a discricionariedade tanto da autoridade policial quanto do Ministério Público e das autoridades judiciais.

Argumentou ainda que, com a nova lei, o que antes era classificado como usuário passou a ser rotulado como pequeno traficante, acarretando em penas mais severas, e superlotando o sistema carcerário.

Diante disso, o Moraes votou pela descriminalização do porte de maconha para uso pessoal, propondo que seja presumido usuário aquele que guarde, tenha, transporte ou traga consigo até 60 gramas de maconha, ou seis plantas fêmeas.

Argumentou com isto que essa presunção seria relativa, permitindo à autoridade policial considerar outros critérios que possam caracterizar o tráfico de entorpecentes, tais como, a forma de acondicionamento, a diversidade de entorpecentes encontrados
28
com a pessoa, e a apreensão de instrumentos, como balanças, cadernos de anotação e celulares.

Moraes esclarece ainda que estes critérios devem ser considerados durante a audiência de custódia, e, portanto, se o indivíduo estiver com quantidades inferiores às estabelecidas, a autoridade judicial deverá fundamentar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva com base em outros critérios que caracterizem o tráfico.

Por outro lado, se a quantidade encontrada for superior à presumida para uso pessoal, a autoridade judicial deverá permitir que o indivíduo comprove que se trata de um usuário e não de um traficante.

No seu voto, a Ministra Rosa Weber também seguiu o entendimento do ministro relator, manifestando seu voto no sentido da descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, ajustando sua posição para que o julgamento se aplicasse exclusivamente ao porte de maconha, argumentando estar plenamente convencida de que é mais apropriado restringir o julgamento apenas a essa substância.

Weber, argumentou que, durante suas visitas nas unidades prisionais brasileiras, como presidente do Conselho Nacional de Justiça, pôde observar de perto a gravidade da situação de tais unidades e que a política de drogas ora aplicada tem contribuído de forma contundente para o agravamento desta situação.

Noutro aspecto, argumentou ainda que o consumo estritamente pessoal de drogas representa um risco à saúde individual do usuário e, portanto, deve ser tratado no âmbito das políticas públicas de saúde e reinserção social, em vez de ser abordado predominantemente pelo aparato penal do Estado.

Ancorada nestes argumentos, a Ministra aderiu ao critério estabelecido pelo Ministro Alexandre de Moraes para diferenciar usuários de traficantes, que é de até 60

gramas de maconha para ser classificado como porte pessoal. Neste sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso, originalmente propondo um limite de 25 gramas, demonstrou estar aberto a ajustar seu voto para se alinhar à maioria em relação à quantidade estabelecida.

O Ministro Cristiano Zanin Martins, primeiro a negar provimento ao Recurso, abriu a divergência no julgamento e votou contra a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343 sob o argumento de que isto poderia potencializar o problema do encarceramento, pois, sob a sua ótica, seriam removidos os únicos parâmetros legais disponíveis para distinguir entre o usuário e o traficante.

29

Neste sentido, o ministro votou pela constitucionalidade do referido artigo, notadamente chamando atenção pela manutenção do critério já existente no parágrafo 2º.

Contudo, em que pese tenha se posicionado de forma divergente, segue a maioria no no que diz respeito a quantidade de maconha a ser fixada como parâmetro orientador que sirva de limite para distinguir uso e tráfico, ou seja, 25 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, propondo a seguinte redação:

?1) É constitucional o artigo 28 da Lei 11.343.

2) Para além dos critérios estabelecidos no parágrafo 2º do artigo 28 da Lei 11.343 para diferenciar o usuário de maconha do traficante, o tribunal fixa, como parâmetro adicional, a quantia de 25 gramas ou seis plantas fêmeas para configuração de usuário da substância, com a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante fundamentação exauriente das autoridades".? (MARTINS, STF, 2023)

O Ministro André Mendonça adota uma posição cautelosa, argumentando que tal medida poderia ser interpretada como um aval para o consumo o que, potencialmente, acarretaria prejuízos à saúde pública.

Ademais, entende que a discussão sobre a descriminalização deve ocorrer dentro do poder legislativo, respeitando o devido processo democrático. Neste sentido, propõe que seja declarada a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas e seja estabelecido um prazo para o Congresso Nacional deliberar a temática e definir critérios objetivos para diferenciar o porte para consumo pessoal e para tráfico de drogas.

Noutro aspecto, propõe ainda que sejam caracterizados como usuários aqueles que portarem até 10g de maconha, o que acredita ser equivalente a 36 cigarros, até que o Congresso delibere sobre o assunto.

Por fim, o Ministro Kassio Nunes Marques, vota em posição alinhada com a visão de que a descriminalização do porte de maconha para uso pessoal deve ser uma decisão do Legislativo e não do Judiciário.

O Ministro destaca ainda que, em sua ótica, o consumo de drogas vai além do próprio usuário tendo em visto que afeta também a sociedade em geral e que, portanto, a manutenção da criminalização, conforme previsto no artigo 28, funciona como um fator inibitório tanto para o consumo quanto para o tráfico de entorpecentes.

Por fim, o ministro Dias Toffoli, pediu vista para examinar de forma mais minuciosa o processo antes de proferir seu voto e terá até 90 dias para explorar o

30
processo antes de devolvê-lo para Barroso. E, como supramencionado, após seu voto, ainda votarão os ministros Luís Fux e Cármen Lúcia.

5. IMPACTO DO JULGAMENTO DO RE 635.659 NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

A descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal está a um passo de se tornar realidade no Brasil, uma vez que, conforme exposto no capítulo anterior, cinco ministros já proferiram votos favoráveis à medida, motivo pelo qual resta apenas mais um voto favorável para que se forme a maioria.

Diante da iminente decisão favorável à descriminalização do porte de maconha para uso pessoal no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, torna-se fundamental considerar as consequências do afastamento da incidência do Direito Penal nesse contexto específico e quais as potenciais consequências para a sociedade.

Neste sentido, em se confirmando a descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal, bem como estabelecido um critério objetivo quantitativo que sirva de parâmetro limite para qualificar o usuário ou o traficante, quais seriam os impactos desta decisão, notadamente no âmbito do sistema carcerário brasileiro?

Inicialmente, o primeiro impacto seria no âmbito do poder judiciário brasileiro, uma vez que as pessoas apreendidas com drogas, dentro dos limites estabelecidos pelo supremo, não seriam mais presas ou processadas como se traficante fossem, desde que ausentes os outros elementos que denotem tráfico, tais como balança de precisão, arma, munição, anotações contábeis referentes ao comércio de substâncias ilícitas e etc.

Diante disso, levando em consideração a média de crescimento do número de presos e processados em razão da Lei de Drogas desde 2006, a medida indica uma possível redução no número de processos judiciais em trâmite no judiciário, uma vez que, em sua maioria, são presos com pouca quantidade de drogas. Para consubstanciar isto, Marcelo Semer46 aponta que aproximadamente 50% dos encarcerados foram presos por estar na posse de menos de 100 gramas de maconha ou 50 gramas de cocaína.

Cumpre destacar, portanto, que a quantidade de drogas apreendidas tem sido fundamental no enquadramento do agente como usuário ou traficante.

46 SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019, p. 285-286.

31

Ocorre que, mesmo fixado um novo parâmetro, não se pode falar em soltura automática dos presos ou medidas similares, uma vez que a quantidade de substância não é o único critério para caracterizar alguém como traficante.

Sendo assim, os detentos serão potencialmente impactados pelo julgamento, pois, uma vez que tais critérios serão meramente orientadores, devem buscar a jurisdição para solicitar uma revisão criminal, na qual suas penas serão reavaliadas à luz dos novos parâmetros e das circunstâncias específicas de seus casos, momento em que será decidido pela reclassificação, ou não, da conduta para consumo pessoal.

Por sua vez, à médio prazo, o impacto desta decisão atingiria o sistema carcerário brasileiro, uma vez que, superada a adoção dos critérios subjetivos transferidos à estrutura do Poder Judiciário para definir o usuário e o traficante, os quais

são fundamentados nas circunstâncias sociais e pessoais, localidade e condições em que se desenvolveu a ação, e adotados parâmetros quantitativos objetivos, evitando, assim, que o subjetivismo das autoridades gerem decisões contraditórias, a tendência é uma redução da superlotação carcerária.

Para consubstanciar isso, faz-se mister sublinear a perspectiva apresentada pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) em conjunto com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos do Ministérios de Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP), em torno do julgamento do crime de tráfico de drogas no judiciário brasileiro.

Os cenários analisados pelo IPEA e SENAD/MJSP, tiveram como base os critérios sugeridos em nota técnica do Instituto Igarapé colacionado aos autos em 2015, a qual pugna pela urgência de estabelecimento de parâmetros objetivos na distinção entre traficante e usuário, a partir dos quais os agentes públicos possam avaliar de forma mais precisa e justa.

A nota técnica do Instituto Igarapé, pelos especialistas que a subscrevem, destaca ainda que parâmetros propostos, e, eventualmente adotados pelo Supremo, tem natureza de presunção relativa, uma vez que julgador pode, desde que de forma fundamentada, desconsiderar tais critérios se os demais critérios legais apontarem para a condição de traficância.

De acordo com a referida nota técnica, para adotar esses parâmetros, foram consideradas as experiências internacionais, os padrões nacionais de consumo de drogas e a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal.

32

CENÁRIO 1 CENÁRIO 2 CENÁRIO 3

25 gramas 40 gramas 100 gramas

6 plantas fêmeas 10 plantas fêmeas 20 plantas fêmeas

Fonte: Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA)

A definição por algum destes critérios para distinguir usuários e traficantes pode atingir de forma significativa os casos em andamento, potencialmente resultando na reclassificação de alguns indivíduos que anteriormente eram considerados traficantes como simples usuários de drogas. Inclusive, para além da definição de gramatura, destaca-se a importância de definição da quantidade de plantas para cultivo, para evitar possíveis erros que levem ao enquadramento no inciso II do §1º do art. 33.

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.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

[...]

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; (BRASIL, 2006)
De acordo com o resultado final da pesquisa do IPEA, se adotados os critérios previstos no ?Cenário 1?, ou seja, gramatura no limite de 25 gramas ou 6 (seis) plantas fêmeas, conforme sugerido pelos ministros Cristiano Zanin Martins e Kássio Nunes Marques no durante o julgamento do RE 635.659, aproximadamente 27% dos presos condenados por tráfico de drogas, cuja a substância apreendida foi maconha, poderiam ter suas penas revistas para uma possível requalificação da condição de traficante para usuário.
33
Por sua vez, a adoção do critério proposto no ?Cenário 2?, o qual estipula o limite de 40 gramas de maconha ou 10 (dez) plantas fêmeas, poderia resultar na revisão das penas de aproximadamente 33% dos condenados. Em consonância a este cenário, os ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso propuseram um limite de 25 a 60 gramas, bem como o cultivo de até 6 plantas fêmeas, de modo que entre 27 e 40 % das penas podem ser revistas.
E, finalmente, se adotado o critério do ?Cenário 3?, cujo limite seria maior, na gramatura de 100 gramas de maconha ou 20 (vinte) plantas fêmeas, limite que chegou a ser proposto pelo ministro Luís Roberto Barroso, cerca de 48% dos condenados por tráfico poderiam ter suas penas revistas.
Vale destacar ainda que, o Ministro André Mendonça propôs o limite de até 10 gramas, o que, segundo Marcelo Semer, após denso estudo acerca do papel dos juízes no encarceramento47, representa aproximadamente 14% das prisões por porte de maconha.
Ademais, o estudo do Ipea, demonstra ainda que, para além da maconha, no caso da cocaína, pelo menos o percentual de 31% dos presos por tráfico poderia ter sua pena revista caso o Supremo fixasse um parâmetro de 10 gramas, bem como o percentual de 37% caso fosse fixado o limite de 15 gramas.
Sendo assim, o estudo projeta a possibilidade de reclassificar como porte para uso de drogas, aproximadamente, entre 27 e 48% das apreensões de cannabis e entre 31 e 37% das apreensões de cocaína.
Neste sentido, à luz do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, verifica-se que os critérios sugeridos pelos ministros estão, em sua maioria, em consonância aos critérios adotados pelo Ipea na realização de sua pesquisa.
Em tempo, é importante destacar ainda que o julgamento do Recurso Extraordinário 635.59 está em curso há aproximadamente 9 (nove) anos. E, esta morosidade na definição, pode ter contribuído para o aumento da população carcerária, conforme verifica-se dos dados extraídos através do SISDEPEN.
De acordo com os dados extraídos pelo SISDEPEN, observa-se no levantamento realizado no último semestre de 2014, ano que antecede o início do julgamento, que o Brasil tinha à época um contingente de 147.475 pessoas privadas de liberdade por crimes relacionados à lei de drogas.
47 SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019.
34

Ocorre que, diante da morosidade no julgamento, este contingente cresceu significativamente, alcançando a marca aproximada de 200.000 presos no segundo semestre de 2023, conforme 15º ciclo de coleta levantado pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ou seja, um aumento de aproximadamente 35%.

Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN - 15º ciclo de coleta).

Sendo assim, destaca-se que, levando em consideração os cenários apresentados pelo Ipea, este aumento poderia ter sido evitado se o julgamento já houvesse sido definido. Portanto, conforme argumenta Alexandre de Moraes48, a fixação de critérios mais objetivos para a distinção entre traficantes e usuários levariam a diminuição da discricionariedade policial no momento da realização do flagrante e, posteriormente, a discricionariedade do Ministério Público no momento da denúncia e a judicial na tipificação final da conduta, o que, consequentemente reduziria o número das prisões em razão da lei de drogas.

48 DE MORAES, Alexandre. RE 63659/SP. Voto do Ministro Alexandre de Moraes proferido em 02/08/2023, p. 25-27.

35

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou compreender os fundamentos da configuração da Lei 11.343/2006, bem como, ancorado em dados estatísticos, entender os reflexos da sua aplicação no sistema penitenciário brasileiro.

Para tanto, foi traçada uma perspectiva histórica acerca da utilização de substâncias psicoativas, bem como as origens da política proibicionista de drogas buscando entender suas causas e consequências. Sendo assim, foi possível vislumbrar que há milênios essa prática é utilizada pelas mais diversas culturas para os mais variados fins, sejam eles ritualísticos, religiosos ou de cunho pessoal.

Após isto, buscou-se compreender as raízes do proibicionismo no Brasil, momento em que observou-se que o proibicionismo foi alicerçado, notadamente por questões morais, econômicas e sociais, ou seja, embora criado sob o crivo da proteção da saúde pública, este argumento, na verdade, se mostra secundário.

Buscando compreender o impacto da Lei de Drogas no sistema carcerário brasileiro, foi realizada uma pesquisa do tipo documental com análise dos dados estatísticos do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN). Neste momento, através do levantamento realizado, observou-se que após o advento da lei de drogas, a população carcerária brasileira mais que dobrou, e, embora não se possa imputar este crescimento unicamente à Lei de Drogas, não se pode ignorar sua decisiva influência para que fossem atingidos estes números.

Conforme os dados levantados, o número de presos por crimes relacionados a drogas no Brasil sob a vigência da Lei nº 6.368/76 consistia no montante de 32.880 até o fim de 2005. Por sua vez, com o advento da Lei nº 11.343/06, Lei de Drogas em vigor, este número atingiu o contingente de 199.731 presos, portanto, verificamos um aumento de pelo menos 166.851 pessoas privadas de liberdade em razão desta lei, ou seja, um impactante aumento no percentual de aproximadamente 507%.

Por fim, foi analisado o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (Tema 506), buscando compreender os possíveis impactos da eminente decisão pelo Supremo Tribunal Federal que, descriminalizando ou não o porte para consumo pessoal da maconha, fixará um critério objetivo que servirá de parâmetro para auxiliar no julgamento dos crimes relacionados a drogas.

Conforme exposto, os critérios sugeridos pelos ministros variam do limite mais conservador de apenas 10 gramas de cannabis, para a gramatura mais liberal de 100

36

gramas, destacando ainda que, em sua maioria, os ministros sugeriram que seja fixado o parâmetro de 25 gramas ou 6 plantas fêmeas para cultivo.

Assim, após análise dos estudos realizadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) em conjunto com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos do Ministérios de Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP), foi possível chegar a conclusão de que se estabelecido um critério de 25 gramas de maconha ou 6 plantas fêmeas 27% dos presos por porte de maconha poderão ter suas penas revistas, se fixado um parâmetro de 40 gramas ou 10 plantas fêmeas este percentual seria de pelo menos 33%, e, por, fim, se fixado o parâmetro de 100 gramas, cerca de 48% dos presos poderiam pedir revisão criminal e ter suas penas revistas.

Conclui-se, portanto, que ante todo o exposto no decorrer deste trabalho, a Lei 11.343/06, teve papel decisivo no aumento da população carcerária brasileira. Principalmente porque, a ausência de critérios quantitativos claros para distinguir o usuário do traficante deixou lacunas legais que permitiram a atuação discricionária do poder público, notadamente pelos policiais e juízes.

A decisão do Supremo Tribunal em estabelecer um parâmetro objetivo para distinguir entre usuários e traficantes de drogas é uma medida importante, ainda que não resolva de imediato a problemática da superlotação carcerária. No entanto, essa decisão tem o potencial de conter o crescimento exponencial da população prisional, o que, por sua vez, poderá contribuir para a redução da superlotação ao longo do tempo.

37

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Marcelo Caetano Bittencourt Pizzani Ribeiro. Análise Crítica dos Impactos da Lei 11.343/06 nos Rumos do Encarceramento no Brasil. Fortaleza/CE, Vol. 11, Edição 231, 2023. Disponível em: http://dx.doi.org/10.35265/2236-6717-231-12510. Acesso em 23 jun. 2024

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659. Tema: Repercussão Geral 506. Recorrente: Francisco Benedito De Souza. Recorrido: Ministério Público Do Estado De São Paulo. Relator: Gilmar Mendes. Órgão De Origem: TJSP - 1º Colégio Recursal - Central São Paulo. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145. Acesso em 12 mai. 2024.

_____. Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915. Promulga a Convenção Internacional do Ópio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assinados na Haya. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 3597. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D11481.html. Acesso em: 16 jun. 2024
_____. Decreto nº 4.294, de 06 de julho de 1921. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 13407. Disponível em:https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-publicacaooriginal-92525-pl.html. Acesso em 16 jun. 2024
_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 23911. Coleção de Leis do Brasil - 194 0, Página 187 Vol.7. 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: 14 jun. 2024
_____. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 out. 1976. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6368-21-outubro-1976-357249-norma-pl.html. Acesso em: 10 mai. 2024
_____. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2
BASILIO, Adriene Jayme. A Guerra Contra As Drogas E A Superlotação Carcerária No Brasil. 2022. 62 f. Monografia. Pontifícia Universidade Católica De Goiás, Goiás, 2022.
BLOCK, Walter. Drug prohibition: a legal and economic analysis. Journal of Business Ethics, Worcester, v. 12, p. 689-700, set. 1993.
BOITEUX, Luciana. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade. 273 f. Tese (doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em:
38
https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf Acesso em: 12 mai. 2024.
_____, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), 2014. p. 92.
CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.
COFFI, Pedro Pasquotto. A ausência de critérios objetivos na lei 11.343/2006. 2018. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Penal e Criminologia. Porto Alegre. 2018, P. 37.
DE MELO, Michel Cícero M. Acórdãos, Objetos e Territórios: Tráfico de drogas e associação para o tráfico nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 2020. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.
DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de

Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf. Acesso em: 27 mai. 2024

DOMENICI, Thiago e BARCELOS, Iuri. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. Disponível em: Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo - Agência Pública.

ESCOHOTADO, Antônio. História General de Las Drogas. 3. ed. rev. aum. Madri: Alianza, 1995. 3 v

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf. Acesso em: 12/04/2024. Acesso em: 30 mai. 2024.

JESUS, Maria Gorete Marques de. ?O Que Está no Mundo não Está nos Autos?: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. São Paulo: Tese (Doutorado em Sociologia) ? Universidade de São Paulo, 2015.

KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013. Disponível em: http://dspace/xmlui/bitstream/item/6937/PDIexibepdf.pdf?sequence=1. Acesso em: 11/11/2024

39

LABATE, Beatriz Caiuby. Viagem ao centro do Iboga. Publicado em: http://www.terramistica.com.br/index.php?add=Artigos&file=article&sid=56&ch=4. Acesso em: 16 de jun. 2024

INÁCIO, Mariana Secorun; BUENO, Marina Manzoni. Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021.

PAIS, T.A. ?Drug Profiling: O caso da Heroína?. 2011. 92 f. Dissertação apresentada para provas de Mestrado em Química Forense, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.

PILATI, Rachel Cardoso. Direito Penal do Inimigo e Política Criminal de Drogas no Brasil: Discussão de Modelos Alternativos. 2011. 164 f. (Dissertação) Universidade Federal de Santa Catarina.

RAMOS, Alex Agra. Dispositivo autocrático de segurança: violência policial e dominação burguesa no Brasil. Salvador, 2020.

Relatório um tiro no pé: impactos da proibição das drogas no orçamento do sistema de justiça criminal do Rio de Janeiro e São Paulo. Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC). Disponível em: https://drogasquantocustaproibir.com.br/. Acesso em 16 mai. 2024

Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas. 2011. Disponível em: http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2017/10/GCDP_WaronDrugs_PT.pdf. Acesso em: 20 abr. 2024

RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014
SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019.
VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, 2021.
WACQUANT, Loïc. As Prisões da Miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research (ICPR), em Birkbeck, Universidade de Londres. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/ Acesso em: 14 mai. 2024
ZALUAR, Alba. Democratização inacabada: fracasso da segurança pública. Estudos Avançados, 2007. 21(61), 31?49. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0103-40142007000300003. Acesso em: 24 abr. 2024

==========

Arquivo 1: TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf (9878 termos)
Arquivo 2: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen (801 termos)
Termos comuns: 19
Similaridade: 0,17%
O texto abaixo é o conteúdo do documento TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf (9878 termos)
Os termos em vermelho foram encontrados no documento https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen (801 termos)

==========

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
GRADUAÇÃO EM DIREITO
JOÃO VICTOR DE MATOS SILVA
POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL:
O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA
POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
Salvador
2024
JOÃO VICTOR DE MATOS SILVA
POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL:
O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA
POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
Artigo apresentado ao Curso de
Graduação da Universidade Católica
do Salvador, como requisito parcial
para a obtenção do Título de Graduado
em Direito.
Orientador: Alan Roque Souza de
Araujo.
Salvador
2024
3POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL: O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
João Victor de Matos Silva1
Alan Roque Souza De Araujo2
RESUMO: A utilização de substâncias psicoativas é uma realidade que pode ser observada há milênios em diferentes civilizações e para os mais diversos fins, sejam estes, de cunho personalíssimo, ritualístico, religioso, terapêutico e/ou medicinais. Em contrapartida, vislumbra-se também que ao longo do tempo estas substâncias, popularmente conhecidas como drogas, passaram a ser combatidas pelo Estado, geralmente por meio do aparelho repressivo estatal, que, contudo, não tem sido exitoso

em seus objetivos. Neste sentido, diante da evidente ineficácia estatal, que tem contribuído para a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, conforme análise dos dados pesquisados, é importante reavaliar estratégias para enfrentar os problemas causados pelo comércio ilícito de drogas, e, neste aspecto, busca-se compreender como o julgamento do Recurso extraordinário 635.659 pode impactar na população carcerária brasileira.

PALAVRAS CHAVE: Proibicionismo. Drogas. Encarceramento. Seletividade Penal. Recurso Extraordinário 635.659.

ABSTRACT: The use of psychoactive substances is a reality that can be observed for millennia in different civilizations and for the most diverse purposes, be they very personal, ritualistic, religious, therapeutic and/or medicinal. On the other hand, it can also be seen that over time these substances, popularly known as drugs, have come to be combated by the state, usually through the state's repressive apparatus, which, however, has not been successful in its objectives. In this sense, given the obvious inefficiency of the state, which has contributed to the overcrowding of the Brazilian prison system, according to an analysis of the data researched, it is important to re-evaluate strategies to tackle the problems caused by the illicit drug trade, and in this regard, we seek to understand how the judgment of Extraordinary Appeal 635.659 may impact on the Brazilian prison population.

KEYWORDS: Prohibitionism. Drugs. Imprisonment. Criminal Selectivity. Extraordinary Appeal 635.659.

2 Professor universitário. Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista Internacional em Segurança Pública pela UNEB e Universitá Degli Studi di Padova. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Cairu. Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Superior (UNYAHNA).

1 Graduando no curso de Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). E-mail: joaovm.silva@ucsal.edu.br

4SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. DA POLÍTICA DE DROGAS ADOTADA NO BRASIL: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA 2.1 O PROIBICIONISMO NO BRASIL E A LEI 11.343/2006 2.2. A PROBLEMÁTICA DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS: COMO DISTINGUIR USUÁRIO DE TRAFICANTE 3. ANÁLISE DOCUMENTAL DO SISDEPEN: IMPACTO DA LEI DE DROGAS PARA A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO 3.1 POPULAÇÃO CARCERÁRIA ANTES E DEPOIS DA LEI DE DROGAS. 3.2 VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO POLICIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS 4. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POLÍTICA DE DROGAS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RE 635.659 4.1 PERCURSO METODOLÓGICO EMPREGADO PARA ANÁLISE DO JULGAMENTO 4.2 DESCRIÇÃO DO JULGAMENTO 4.3 OS VOTOS DOS MINISTROS 5. IMPACTO DO JULGAMENTO DO RE 635.659 NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho buscou compreender a configuração da Lei de Drogas sancionada

em 2006 (Lei 11.343/2006), e, notadamente, quais são os seus reflexos no sistema penitenciário brasileiro.

É possível observar que, desde o início da vigência da Lei 11.343/2006, o número de pessoas privadas de liberdade em razão da Lei de Drogas, de forma provisória ou definitiva, teve um vertiginoso aumento, fator que contribuiu essencialmente para a superlotação do sistema carcerário. Prova disso, é que o Brasil tem hoje a terceira maior população carcerária do mundo, e, segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023)3, o encarceramento por crimes ligados a drogas deu um salto de aproximadamente 300% desde a promulgação da referida lei.

Um dos fatores para esse aumento, consiste na ausência de determinação no dispositivo legal de uma característica mais objetiva, como a gramatura ou quantidade que sirva de limite para distinguir o porte para consumo do tráfico de drogas, conforme aponta Pedro Pasquotto Coffi.4

Embora a quantidade não seja o único fator considerado para configurar a prisão por tráfico de drogas, a ausência de critério quantitativo tem contribuído significativamente para a prisão de usuários como se traficantes fossem, em razão da

4 COFFI, Pedro Pasquotto. A ausência de critérios objetivos na lei 11.343/2006. 2018. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Penal e Criminologia. Porto Alegre. 2018, P. 37.

3 Anuário Brasileiro de Segurança Pública / Fórum Brasileiro de Segurança Pública. ? 1 (2006) -. ? São Paulo: FBSP, 2023. 357 p.: il.

5seletividade penal no sistema de segurança pública brasileiro. Sendo assim, nas palavras de Luís Carlos Valois, tem sido fator importante na superlotação do já precário e abandonado sistema penitenciário5, sendo causa de rebeliões, mortes e violências de todas as espécies.

Diante disso, através do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (Tema de Repercussão Geral nº 506), que questiona a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, se discute no Supremo Tribunal Federal a necessidade do estabelecimento de critérios menos discricionários para, nas palavras do Ministro Alexandre de Moraes, ?evitar que uma mesma conduta, dependendo do local, condição social da pessoa ou outros elementos, possa ser definida como tráfico ou como posse para uso pessoal? 6.

Neste sentido, ainda segundo Moraes (2023)7, é importante que sejam estabelecidos critérios mais objetivos para a distinção entre traficantes e usuários, para que assim seja possível reduzir a discricionariedade policial quando do flagrante, bem como do Ministério Público quando da denúncia e da justiça quando da tipificação final da conduta.

Nesta senda, o problema de pesquisa que se busca responder com o presente artigo é como o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pode impactar na população carcerária brasileira. Defende-se, portanto, a importância desta pesquisa pois, a aplicação da Lei de Drogas (Lei 11.342/2006), tem se mostrado ineficaz para com os seus objetivos, tendo em vista que a ausência de um critério objetivo para distinguir o tráfico de drogas para o porte de droga para consumo pessoal, conforme Moraes (2023) tem dado margem para a discricionariedade policial e, com isso, tem sido responsável por um elevado número de prisões discricionárias.

Portanto, ante à obsoleta política criminal de drogas, a presente discussão se mostra essencial para a busca de um modelo alternativo de política de drogas que não seja orientado pelo paradigma proibicionista e repressivo e que tenha como escopo a busca pela redução das prisões por crimes relacionados a drogas.

Neste sentido, este trabalho terá como objetivo mais amplo identificar o impacto da política de combate às drogas adotadas no Brasil para o superencarceramento e como

7 DE MORAES, Alexandre. RE 63659/SP. Voto do Ministro Alexandre de Moraes proferido em 02/08/2023.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659 ? São Paulo. Repercussão geral nº 506 no Recurso Extraordinário.

5 VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, 2021, p.453.

6o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pode impactar na redução destas prisões.

Deste modo, para encontrar uma resposta ao problema de pesquisa proposto, foi necessário compreender alguns aspectos que foram subdivididos em 5 (cinco) capítulos.

Inicialmente, fez-se necessário buscar entender a gênese da política proibicionista de combate às drogas para que assim fosse possível compreender a construção da Lei 11.342/2006, bem como os seus reflexos na sociedade brasileira.

No capítulo seguinte buscou-se entender a importância do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na amortização do superencarceramento causado pela lei de drogas, através de análise dos votos dos ministros e a projeção do impacto da iminente decisão.

Em seguida, para demonstrar o crescimento da população carcerária brasileira, realizou-se uma comparação entre a população carcerária brasileira incidentes nos artigos da lei de drogas desde o início da sua vigência aos dias atuais. Neste sentido, buscou-se analisar dados, levantamentos e estatísticas penitenciárias realizados pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ferramenta utilizada pela Secretaria Nacional de Políticas penais para coletar informações padronizadas e realizar um eficaz mapeamento do sistema penitenciário no Brasil.

A metodologia utilizada foi a pesquisa qualitativa do tipo documental, tendo em vista que para mensurar estatisticamente o aumento gradativo da população carcerária brasileira por crimes relacionados a drogas, foi realizado a análise dos dados e relatórios extraídos pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), bem como pesquisa bibliográfica através de autores de referência mediante suas obras extraídas de repositórios acadêmicos como o repositório institucional da Universidade de São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, bem como periódicos como Scielo e Google Acadêmico.

Nesta senda, cumpre destacar que esta pesquisa não buscou deliberar acerca do processo legislativo que produziu a Lei 11.243/2006, tampouco buscou analisar a lei de drogas sob o crivo do processo penal, mas investigar as possíveis relações entre a Lei de Drogas e o aumento do encarceramento brasileiro, tomando como referência dados extraídos através do SISDEPEN.

72. DA POLÍTICA DE DROGAS ADOTADA NO BRASIL: CONSTRUÇÃO

HISTÓRICA DOMODELO PROIBICIONISTA.

A utilização de substâncias psicoativas, usualmente chamadas de drogas, não é uma exclusividade da modernidade. É possível observar, historicamente, que há milênios substâncias entorpecentes são utilizadas pelas mais diversas sociedades para fins de cunho personalíssimo, ritualístico, religioso, terapêutico e/ou medicinais.8

Exemplo disso é que, conforme demonstrado por Beatriz Labate, há cerca de cinco milênios, a tribo Pigmeu, habitante na África Central, ao observar como agiam os javalis que se alimentavam de determinado arbusto nativo daquela região, o Tabernanthe iboga, acabaram descobrindo as propriedades alucinógenas geradas através consumo da referida planta, motivo pelo qual passaram a consumi-la sob a lógica do entorpecimento9.

Não obstante, conforme registros deixados em papiros mesopotâmicos, verifica-se que a utilização de opioides e opiáceos na antiga Mesopotâmia era uma prática realizada há cerca de oito milênios. Inclusive, é possível observar que drogas consideradas atualmente como mais pesadas tais quais o ópio, heroína e a morfina, antes de terem sido classificadas como drogas de caráter ilícito, foram amplamente utilizadas pela medicina como alternativa para tratar de alguns problemas na saúde como a dor.10

Sendo assim, Pablo Ornelas Rosa11, aponta que não se trata, obviamente, de um fenômeno hodierno, mas de uma questão milenar que ultrapassa gerações. Portanto, para compreender como se originaram as políticas proibicionistas a nível global e a nível nacional, é indispensável entender como as sociedades mais remotas se comportavam diante destas substâncias.

Desde que passaram a ser utilizadas para fins psicotrópicos, aduz Salo de Carvalho, as drogas passaram a ser objeto de controvérsias e, consequentemente, combatidas pelo Estado.12

12 CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

11 ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014

10 ARAÚJO, Frederico Fonseca Casagrande de. Drogas: Uma análise histórica, social e contextual das políticas proibicionistas e de seus impactos sociais. Monografia. Curso de Direito. Faculdade Vale do Cricaré, São Matheus. 2018, p. 15.

9 LABATE, Beatriz Caiuby. Viagem ao centro do Iboga. 2001.

8 ARAÚJO, Frederico Fonseca Casagrande de. Drogas: Uma análise histórica, social e contextual das políticas proibicionistas e de seus impactos sociais. Monografia. Curso de Direito. Faculdade Vale do Cricaré, São Matheus. 2018, p. 14.

8Historicamente, é possível observar nas civilizações ocidentais e orientais algumas medidas proibitivas adotadas na primeira metade do século XIX. Neste sentido, as primeiras medidas restritivas ao consumo e comércio de drogas adotadas no ocidente, conforme Baesso (2013), citado por Araújo (2018), ocorreram após a revolução industrial, principalmente a partir do desenvolvimento da indústria farmacêutica.

Por sua vez, outro momento histórico que permite entender uma nova ordem internacional em torno da política proibicionista de drogas, desta vez no oriente, é a famigerada Guerra do Ópio travada entre China e Reino Unido.13

Escohotado14 argumenta que a China, ainda na primeira metade do século XIX,

adotou uma série de medidas proibitivas contra o comércio do ópio, inclusive, confiscando e destruindo centenas de carregamentos de navios ingleses, maiores exportadores de ópio para a China, o que levou a Inglaterra a invadir a China para garantir a continuidade do comércio de ópio na região.

Ocorre que, o combate mais incisivo contra a produção, comércio e até ao consumo para fins recreativos destas substâncias psicoativas veio tomar proporções globais, quando da adoção de políticas mais severas adotadas pelos Estados Unidos da América.

De acordo com Souza e Calvete (2017)15 uma das principais razões da proibição de psicotrópicos na cultura norte americana, foi a forte influência da ética protestantista, a partir da premissa de que o descontrole e a irresponsabilidade não poderiam ser tolerados, e, portanto, a utilização de substâncias psicoativas deveria ser veementemente combatida, o que demonstra que tais políticas foram influenciadas pelo crivo da moralidade.

Nesta mesma linha, conforme aponta Pablo Ornelas Rosa16, as primeiras medidas proibitivas adotadas pelos Estados Unidos da América na segunda metade do século XIX, foram fundadas em conotações xenófobas e repressivas. Ainda segundo Rosa, esta política era direcionada ao combate ao ópio era amplamente utilizado por imigrantes chineses.

16 ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014.

15 CALVETE, Cássio da Silva; SOUZA, Taciana Santos. História e formação do mercado das drogas. Revista de Economia, v.41, n. 76, p. 401-429, Universidade Federal do Paraná, 2020.

14 ESCOHOTADO, Antônio. História General de Las Drogas. 3. ed. rev.aum. Madri: Alianza, 1995. 3 v

13 RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

9[...] possível constatar a conotação explicitamente racista, xenófoba e repressiva, que provavelmente tem sua procedência no Decreto de Expulsão de Chineses de 1882. Esta lei procurou não somente estigmatizar, mas também criminalizar os chineses que naquele momento eram considerados os grandes consumidores de ópio, tratados, a partir daquele episódio da história, como agressores da cultura e da moral estadunidense. (ROSA, 2014, p. 283)

Já no século XX, as políticas repressivas atinentes ao controle das drogas são munidas de um caráter belicista, principalmente quando da realização da Convenção Única sobre Entorpecentes da ONU em 1961 onde foram fincadas as bases legais da política internacional de guerra às drogas.

Neste sentido, conforme aponta Pilati 17, embora já houvesse uma política de drogas pautada pelo proibicionismo, um marco repressivo foi o governo de Richard Nixon que em 1971 pronunciou-se à população declarando que as drogas eram o inimigo número um dos Estados Unidos da América, declarando o início a uma verdadeira corrida antidrogas.

Neste sentido, atualmente, a temática abordada é regulamentada em sede internacional a partir dos seguintes acordos internacionais: A Convenção Única da ONU sobre Entorpecentes de 1961, a Convenção da ONU sobre Substâncias Psicotrópicas de

1971 e a Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, os quais preveem medidas para a erradicação do tráfico sob a ótica proibicionista.

2.1. O PROIBICIONISMO NO BRASIL E A LEI 11.343/2006

Neste aspecto, é importante compreender a construção do modelo de combate às drogas adotado no Brasil, notadamente a ótica da legislação proibicionista (Lei 11.343/06) que orienta o judiciário e os demais poderes.

No Brasil, há registros de medidas proibitivas, ainda que esparsas, desde a época colonial. Conforme aponta Salo de Carvalho, a incriminação do porte, do comércio ou do uso de determinadas substâncias tóxicas aparecem já nas Ordenações Filipinas no século XVII.18

18 CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

17 PILATI, Rachel Cardoso. Direito Penal Do Inimigo E Política Criminal De Drogas No Brasil: Discussão De Modelos Alternativos. 2011. 164 f. (Dissertação) Universidade Federal de Santa Catarina.

10

No início do século XX, sob influência internacional, que discutia a regulamentação do consumo e comércio do ópio, o Brasil adotou medidas restritivas com o escopo de impedir o uso indiscriminado do ópio e seus derivados, bem como outras substâncias químicas e orgânicas, através do Decreto nº 11.481, aprovado em 1915.19

Contudo, somente na década seguinte, é que foi editado pelo então presidente Epitácio Pessoa um decreto que estabeleceu medidas específicas relacionadas ao comércio de drogas, indicando as penalidades e procedimentos.20

Embora o Código Penal Republicano já tivesse disposição expressa acerca da proibição de determinadas substâncias tóxicas, Maria Lúcia Karam,21 aponta que a criminalização de condutas como a produção, distribuição e consumo de drogas que tornaram-se ilícitas de fato somente ocorreu com o advento das leis penais de 1932, que através do artigo 25, estabeleceu as condutas que configurariam tráfico de drogas instituindo penas privativas de liberdade de uma a cinco anos e multa.

Em seguida, houve a sistematização destas sanções a partir da edição do Código Penal de 194022, sob a ditadura do Estado Novo, prevendo a criminalização do tráfico e também da posse de substâncias entorpecentes.

Verifica-se que, em consonância às experiências internacionais, notadamente norte americana, observa-se que as origens proibicionistas brasileiras se dão em razão de questões não científicas. Nesta linha, inclusive, Moraes (2023) destaca que a proibição da maconha no Brasil, de forma similar aos Estados Unidos, no início do século XX, se deu baseada em questões morais.

A Lei 6.368/76, conhecida por Lei de Tóxicos23, estabeleceu medidas rigorosas para o controle e a repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes, além de prever tratamentos para dependentes químicos.

23 BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 out. 1976.

22 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro,

RJ. Seção 1, p. 23911. Coleção de Leis do Brasil - 194 0, Página 187 Vol.7.
21 KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013
20BRASIL. Decreto nº 4.294, de 06 de julho de 1921. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 13407.
19BRASIL. Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915. Promulga a Convenção Internacional do Ópio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assinados na Haya. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 3597.
11
Sob a vigência desta lei, o uso ou porte de drogas para consumo pessoal era considerado um delito penal, de modo que previa pena de detenção de 6 meses a dois anos. E, por sua vez, impunha penas significativamente mais severas ao delito de tráfico de drogas, de modo que os traficantes estavam sujeitos a penas mais longas que iam de 3 a 15 anos de reclusão, além de condenação ao pagamento de multas, cujo valor variava conforme o caso específico.
Por fim, no ano de 2006 foi configurada a atual Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), que buscando compatibilizar as disposições normativas que a antecedem, prescreveu medidas que preveem a reinserção social dos usuários/dependentes químicos, bem como medidas preventivas voltadas para o controle do uso indiscriminado destas substâncias.
Outro aspecto da referida lei, é que ela traz em seu bojo um avanço no que diz respeito ao reconhecimento da diferença entre o usuário e o traficante, que doravante passaram a ser enquadrados em dispositivos diferentes.
A nova lei de drogas retirou a pena de prisão da posse de drogas para consumo próprio, porém, manteve a sua utilização como crime. O artigo 28 da referida lei, define como usuário aquele que ?adquire, guarda, tem depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar?.24
Neste caso, são previstos 3 (três) tipos sancionatórios (1) a advertência sobre os efeitos das drogas pelo juiz, (2) a prestação de serviços à comunidade num prazo máximo de 5 (cinco) anos que pode ser elevado para 10 (dez) em caso de reincidência, e, por fim, (3) a obrigatoriedade de frequentar um curso educativo sobre as drogas.
Por sua vez, a comercialização destas substâncias continua sendo tipificada como crime, possuindo uma pena máxima de 15 (quinze) anos. Esta previsão está disposta no artigo 33 da Lei de Drogas que caracteriza o traficante aquele que ?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.?25
25 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.
24 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.
12
Portanto, verifica-se que embora a legislação tenha buscado tratar o fenômeno do controle das drogas a partir de uma lógica mais humana ao retirar a privação da

liberdade para os usuários, tem causado efeito diverso daquele pretendido, tendo em vista que tem contribuído fundamentalmente com o aumento do sistema carcerário brasileiro.26

Neste mesmo sentido, argumenta Marcelo Caetano Bittencourt Pizzani Ribeiro de Andrade:

Em face do exposto no presente artigo, portanto, é inegável que o crescimento exponencial do aprisionamento no Brasil guarda estreita relação com a maneira que os atores do sistema de justiça criminal costumam aplicar os dispositivos sancionadores trazidos pela Lei nº 11.343/2006. (ANDRADE, 2023, p.13)

Portanto, além de não proteger a tutela da saúde coletiva, conforme proposto, o encarceramento causado com a sua aplicação tem desrespeitado constantemente a premissa constitucional da dignidade da pessoa humana.

2.2. A PROBLEMÁTICA DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS: COMO DISTINGUIR USUÁRIO DE TRAFICANTE?

Como dito no tópico anterior, em substituição a Lei 6.368/76, a legislação brasileira sobre drogas foi disciplinada pela Lei 11.343/2006 e trouxe em seu bojo, dentre outras alterações, uma inovação: distinção entre usuário e traficante. Com isto, a nova lei de drogas, introduziu mudanças substanciais no tratamento dispensado aos usuários e aos traficantes de drogas de modo que, enquanto impõe ao usuário um tratamento mais sutil, por considerar delito de ínfimo potencial ofensivo, passa a tratar o traficante de drogas com mais severidade.

O artigo 33 da lei de drogas define como traficante aquele que ?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?, impondo uma pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

26 BASÍLIO, Adriene Jayme. A Guerra Contra As Drogas E A Superlotação Carcerária No Brasil. 2022. 62 f. Monografia. Pontifícia Universidade Católica De Goiás, Goiás, 2022.

13

Por sua vez, a definição de usuário pode ser extraída da leitura do artigo 28 da lei de drogas, a qual dispõe que o usuário é aquele que ?adquire, guarda, tem depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar?.

Contudo, da redação do § 2 do mesmo artigo, verifica-se que cabe ao julgador avaliar se a droga encontrada com o indivíduo se destinava ao uso pessoal, e que, para tanto, deverá levar em consideração aspectos como 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.

Assim prevê o artigo 28 da lei 11.343/2006.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer 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. (BRASIL, 2006)

Da leitura do artigo supramencionado verifica-se que não há um parâmetro preciso de gramatura ou outra medida que permita quantificar o que diferencia o porte de droga para consumo pessoal do tráfico de drogas e sim, critérios pouco objetivos.

Ocorre que, diante do marcante perfil punitivista dos agentes de segurança pública, desde os policiais que apreendem o indivíduo aos magistrados responsáveis pelo julgamento, ficar a critério da subjetividade do julgador quais são os fatores para diferenciar a condição de usuário para traficante é abrir margem para a discricionariedade.

Neste mesmo sentido, assim argumenta Luciana Boiteux 27.

Assim, o sistema brasileiro de controle de drogas atua de forma seletiva e autoritária, pois não limita o poder punitivo, pelo contrário, deixa de estabelecer limites e contornos diferenciadores exatos para as figuras do usuário, do pequeno, médio e grande traficante, e atribui às autoridades, no caso concreto, ampla margem de discricionariedade, o que acarreta uma aplicação injusta da lei. (BOITEUX, 2014, p. 92)

Neste aspecto, embora a lei preceitue que caberá ao juiz, baseado nas circunstâncias da prisão, diferenciar o usuário do traficante, na prática o que se vê é que

27 BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), 2014. p. 92.

14

esta distinção tem início desde a abordagem da polícia que, geralmente, é a única testemunha do fato, e, tendo em vista que sua palavra goza de presunção de veracidade e de presunção de legitimidade28, é peça fundamental na justificativa para as prisões.29

Neste sentido, Alex Agra Ramos30, chama atenção para o caráter racista e discriminatório do sistema de segurança pública no sentido de que o verdadeiro critério na distinção entre o traficante e o jovem usuário consiste na discriminação.

A diferença entre um traficante e um jovem é dada pelo critério racial e com ele, a diferença entre a vida matável e a vida ser preservada. O crime a ser combatido pouco importa, porque não se combate o crime, se combate aquele que é identificado como criminoso, se combate o inimigo. (RAMOS, p. 269, 2020)

Neste sentido, é importante que seja determinado um parâmetro mais objetivo capaz de distinguir consumo pessoal do tráfico de drogas, tendo em vista que, embora este critério não seja o único e determinante, conforme argumenta Alexandre de Moraes (2023), ?a ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes?.

Portanto, a ausência de um critério mais objetivo, que estabeleça uma quantidade

de droga que sirva de parâmetro para o juiz analisar a prisão, tem se mostrado um grave problema de segurança pública, e tem contribuído fundamentalmente com a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, conforme será demonstrado nos capítulos subsequentes.

Neste sentido, Boiteux 31 aduz que:

[...] A atual política criminal de drogas no Brasil é um dos fatores que mais contribuíram para o agravamento da população carcerária. (Boiteux, 2006, p. 233)

Sendo assim, não restam dúvidas que a crise no sistema penitenciário brasileiro foi agravada pela política proibicionista, a qual se manifesta de diversas formas.

31 RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

30 RAMOS, Alex Agra. Dispositivo autocrático de segurança: violência policial e dominação burguesa no Brasil. Salvador, 2020.

29 DE MELO, Michel Cícero M. Acórdãos, Objetos e Territórios: Tráfico de drogas e associação para o tráfico nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 2020. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.

28 Acórdão 1242191, 00011028220198070014, Relator: SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, Segunda Turma Criminal, data de julgamento: 2/4/2020, publicado no PJe: 23/4/2020.

15

Portanto, a abordagem punitiva tem se mostrado ineficaz na redução do tráfico de drogas, enquanto perpetua um ciclo de criminalidade e marginalização. 32

3. ANÁLISE DOCUMENTAL DO SISDEPEN: IMPACTO DA LEI DE DROGAS PARA A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.

A política de combate às drogas adotada no Brasil é regida pela Lei nº 11.343/2006, a qual manteve criminalização do usuário sob o pretexto da prevenção ao uso indiscriminado e garantia do tratamento dos dependentes, com vistas a reinseri-los na sociedade, mas na prática o que se demonstra com a aplicação da referida lei é que jamais a criminalização cumpriu com suas promessas.33

Ademais, da análise dos dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023), verifica-se que o encarceramento por crimes ligados a drogas deu um salto de aproximadamente 300% desde a promulgação da lei de drogas.

Conforme mencionado no capítulo anterior, a ausência de um critério objetivo para o procedimento de distinção entre o consumo próprio e o tráfico de drogas tem contribuído fundamentalmente com a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, pois, a condenação de usuários como se fossem traficantes ajuda a compreender um dos motivos que transformou o Brasil na terceira maior população prisional do planeta34.

Isto ocorre, pois, tal ausência, permite a atuação discricionária do por parte do sistema penal, principalmente quando é a polícia quem classifica a ação do indivíduo, e que em sua maioria será a única testemunha do fato, sendo peça chave para toda a persecução penal.

Portanto, a partir de um estudo descritivo documental da análise dos dados, levantamentos e estatísticas penitenciárias realizados pelo Sistema de Informações do

Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ferramenta utilizada pela Secretaria Nacional de Políticas penais para coletar informações padronizadas e realizar um eficaz mapeamento do sistema penitenciário no Brasil, foi possível analisar o contingente de prisões em razão da lei de drogas.

34 World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research (ICPR), em Birkbeck, Universidade de Londres.

33 PILATI, Rachel Cardoso. Direito penal do inimigo e política criminal de drogas no brasil: discussão de modelos alternativos. 2011. 164 f. Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal De Santa Catarina.

32 WACQUANT, Loïc. As Prisões da Miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

16

3.1. POPULAÇÃO CARCERÁRIA ANTES E DEPOIS DA LEI DE DROGAS.

A Lei 11.343/2006, foi publicada em 24 de agosto de 2006, entrando em vigor a partir do dia 08 de outubro de 2006, revogando expressamente em seu artigo 75, as leis anteriores.

Art. 75. Revogam-se a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. (BRASIL, 2006) 35

Neste sentido, conforme demonstrado anteriormente, a nova lei de drogas trouxe circunstanciais mudanças às legislações anteriores.

Segundo dados extraídos através do último relatório da Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), o Brasil alcançou no segundo semestre de 2023 a marca de 857.999 pessoas em situação de cumprimento de pena, sendo 656.811 em celas físicas (sistema penitenciário e outras carceragens) bem como 201.188 pessoas em prisão domiciliar (com ou sem monitoramento eletrônico) somente no âmbito estadual.36

Por sua vez, no âmbito federal, verifica-se que a população em cumprimento de pena (sistema penitenciário e outras carceragens) consiste em 12.265 pessoas em celas físicas.

É importante ser observado que desde que passou a viger a lei de drogas em 2006, a população carcerária brasileira mais que dobrou, tendo em vista que no ano anterior, sob vigência da Lei nº 6.368/1976 a população carcerária consistia em 401.236 pessoas encarceradas. Ou seja, houve um considerável aumento de 456.763 pessoas privadas de sua liberdade.

Naturalmente, não se pode imputar este aumento considerável unicamente à nova Lei de Drogas, tendo em vista a existência das mais variadas condutas tipificadas no Código Penal. Contudo, não se pode ignorar a sua decisiva influência para a superlotação do sistema carcerário.

Neste sentido, a análise simples dos dados acima mencionados acerca da evolução da população carcerária brasileira entre o período de 2005 a 2023, é um tanto

36 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf

35 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.

17

quanto abstrata. Sendo assim, é importante observar a evolução das prisões especificamente por crimes relacionados à Lei de Drogas.

No 15º ciclo de coleta levantado pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), referente ao segundo semestre de 2023, verifica-se que pelo menos o contingente de 199.731 pessoas respondem por crimes relacionados a Lei de Drogas, sendo que destas, 168.021 respondem pelo crime de Tráfico de Drogas previsto no artigo 33, 25.529 pessoas foram enquadradas no crime de Associação ao Tráfico tipificado no artigo 35, bem como 6.181 pelo crime de Tráfico internacional de drogas previsto no artigo 40 da mesma lei.

Por sua vez, no ano de 2005, ano que antecede o início da vigência da nova lei de drogas, havia no brasil cerca de 31.520 presos pelo crime de Tráfico de entorpecentes e 1.360 pessoas presas pelo crime de tráficos internacional de entorpecentes, totalizando um total de 32.880 pessoas encarceradas37 em razão da aplicação da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.

Fonte: 15º Ciclo Sisdepen (2º semestre de 2023)

Neste sentido, podemos observar que houve um aumento de pelo menos 166.851 pessoas respondendo por crimes relacionados ao envolvimento com drogas ilícitas, o

37 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? InfoPen. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2005.pdf

18

equivalente a 507%. Verifica-se ainda que, até 2006, os presos por crimes relacionados às drogas correspondiam a aproximadamente 8% da população carcerária brasileira, ocorre que, hodiernamente, este percentual consiste em aproximadamente 25%.38

Portanto, é evidente que a aplicação da Lei 11.343/06 contribuiu de forma significativa para o aumento da população carcerária brasileira, uma vez que a falta de critérios quantitativos claros para diferenciar usuários de traficantes cedeu margem para uma atuação discricionária por parte da polícia e do judiciário, resultando em interpretações subjetivas, o que levou ao encarceramento em massa de usuários como se traficante fossem.

3.2 VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO POLICIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

Conforme exposto nos tópicos anteriores, o parágrafo 2º do artigo 28 da Lei de Drogas, concede margem de discricionariedade ao julgador para, após avaliação de caso concreto, definir se o entorpecente apreendido seria destinado ao uso pessoal ou pra fins de tráfico de drogas, principalmente, em razão da ausência de critérios objetivos que sirvam de parâmetro para que se constate esta diferença, tais como o estabelecimento de gramatura ou outra medida que possibilite a quantificação da droga.

Neste aspecto, conforme aponta o Relatório desenvolvido pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania CESeC (Relatório Um Tiro no Pé, 2021), diante do marcante perfil punitivista dos agentes de segurança pública, desde os policiais que apreendem o indivíduo aos magistrados responsáveis pelo julgamento, ficar a critério da subjetividade do julgador quais são os fatores quantitativos para diferenciar a condição

de usuário para traficante é abrir margem para a discricionariedade.
Ocorre que, esta discricionariedade não tem início quando do julgamento pelo magistrado competente, mas, na verdade, ela ocorre desde a apreensão pela autoridade policial que, conforme a seguir será demonstrado, tem papel determinante quanto a formação da decisão do juízo.
38 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf
19
Conforme Inácio e Bueno, não é plausível que o depoimento de um policial, assim como qualquer outra prova testemunhal de forma isolada, seja considerada prova satisfatória e suficiente para embasar a convicção do juízo para uma eventual condenação, tendo em vista que ?além de não ser neutra ou imparcial, ainda possui o agravante da possibilidade de distorção dos fatos de forma intencional?39.
Ocorre que geralmente os processos que envolvem a Lei de Drogas surgem em decorrência de prisões em flagrante efetuadas pelas autoridades policiais motivo pelo qual, nestes casos é o policial quem poderá narrar as circunstâncias da prisão, informar as características do local de abordagem e afirmar com quem estava a droga.
Portanto, conforme aduz Maria Goete40, o magistrado somente terá o contato com o fato objeto de investigação a partir da perspectiva da autoridade policial que realizou a abordagem e realizou a prisão, momento em que classifica a infração penal, de modo que a palavra do policial tem função determinante na formação do convencimento do magistrado.
Sob essa mesma linha argumentativa, argumenta Boiteux (2014):
Com tais critérios extremamente vagos, e de difícil aplicação, a distinção no caso concreto acaba sendo feita pela primeira autoridade que tem contato com o acusado, prevalecendo a visão subjetiva desta, sendo excessivamente ampla a discricionariedade concedida ao policial. (BOITEUX, 2014, p. 90)
Neste sentido, Luis Carlos Valois41, após análise de inquéritos policiais relacionados aos crimes da lei de drogas, nas capitais de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e também no Distrito Federal, argumenta que 74% das prisões em flagrante pelo crime de tráfico de drogas (Art. 33 da Lei 11.343/06) tem como testemunhas apenas os policiais que realizaram a abordagem.
Para consubstanciar a pesquisa acima mencionada, faz-se mister destacar pesquisa similar realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da Universidade de São Paulo (USP), através de estudo denominado ?Prisão Provisória e Lei de Drogas ? Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo?.
Da análise da pesquisa do NEV, verifica-se que chegou-se a percentual equivalente ao exposto por Valois, qual seja, em 74% das prisões em flagrante em razão
41 VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, p. 493, 2021.
40 JESUS, Maria Gorete Marques de. ?O Que Está no Mundo não Está nos Autos?: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. São Paulo: Tese (Doutorado em Sociologia) ? Universidade de São Paulo, 2015.
39 Mariana Secorun Inácio e Marina Manzoni Bueno, Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP.

Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021, p. 24.
20
da lei drogas, a testemunha é apenas o policial que realizou o flagrante, acrescentando ainda que, por sua vez, em 26% dos dos casos as testemunhas são a própria autoridade policial mais testemunha civil.
Ademais, o estudo mencionado evidencia ainda que 91% destes processos cuja única prova é o testemunho policial terminam com a condenação do réu pelo crime de tráfico de drogas.
Noutro aspecto, é importante trazer à lume também o levantamento realizado pela Agência Pública, o qual evidencia que nos processos cuja apreensão de droga foi até 10 gramas, em aproximadamente 84% dos casos a única prova considerada irrefutável foram os depoimentos dos policiais que realizaram a apreensão.42
Ainda de acordo com este levantamento, verifica-se das decisões analisadas que nos processos cuja única testemunha são os policiais, houve o percentual de 59% de condenações ao passo que quando houveram testemunhas civis este percentual foi reduzido para 44 %.
Esta diferença também fica demonstrada no que diz respeito ao índice de absolvição, tendo em vista que quando houveram testemunhas civis o índice de absolvição consistiu no percentual de 21 %, ao passo que quando as testemunhas foram apenas policiais o índice de absolvição caiu para apenas 14 %.
Nesta senda, Alba Zaluar 43 afirma que o poder policial e judiciário tem-se posicionado na verdade numa caça aos usuários, e não aos grandes traficantes.

> [...] seria melhor se as forças de polícia não fossem empregadas para caçar os consumidores de droga ou os pequenos negociantes, e atribuíssem muito mais seus recursos à repressão de grandes traficantes e de lavadores do dinheiro sujo (ZALUAR, 2007, p. 03).

Portanto, ante todo o exposto, a ausência de critérios objetivos que diferenciem as condutas previstas no art. 28 e no art. 33 da Lei 11.343/06, tem permitido que a palavra dos policiais tenha o papel mais importante nos processos desta natureza, de modo que no fim das contas é quem efetivamente tipifica a conduta praticada pelo sujeito no delito de tráfico de drogas.44
44 Mariana Secorun Inácio e Marina Manzoni Bueno, Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021.
43 ALBA ZALUAR. Democratização Inacabada: Fracasso da Segurança Pública, 2007.
42 DOMENICI, Thiago e BARCELOS, Iuri. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. Disponível em: Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo - Agência Pública. Acesso em: 22/04/2024.
21

4. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POLÍTICA DE DROGAS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RE 635.659.

O Supremo Tribunal Federal (STF), representa a instância superior do Poder Judiciário brasileiro, desempenhando uma função primordial na salvaguarda da ordem jurídica e na preservação dos preceitos estabelecidos na Constituição Federal.
Sendo assim, como órgão guardião da Carta Magna, compete-lhe a missão

precípua de assegurar a conformidade das leis e atos normativos infraconstitucionais com os ditames constitucionais, consubstanciando-se, portanto, como o bastião máximo da legalidade e da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro.
Assim, dispõe o caput do artigo 102 da Constituição de 1988:
Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
Neste sentido, conforme delineado nos capítulos anteriores, a aplicação da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) tem causado uma série de problemas no âmbito da segurança pública, sobretudo porque tem contribuído significativamente para a superlotação das prisões no Brasil, uma vez que parcela considerável da população carcerária encontra-se detida pela incidência no crime de tráfico de drogas, fato que quem tem agravado as condições já precárias do sistema prisional nacional.
Diante desta problemática, através do julgamento do Recurso Extraordinário (635.659), avalia-se a consonância, ou não, do artigo 28 da Lei 11.343/2006, que trata do porte de drogas para uso pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada sob pena de violação ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.
Este julgamento tem atraído significativa atenção devido às suas implicações na política de drogas, direitos individuais e segurança pública.
Para compreender o julgamento em sua integralidade, necessário se fez analisar os autos mediante acesso ao Supremo Tribunal Federal.
Defende-se a importância dessa metodologia de busca, pois ela facilita o acesso às informações essenciais para o entendimento e o acompanhamento desse julgamento, já que permite a localização mais precisa de documentos, incluindo decisões, acórdãos, votos dos ministros, despachos e pareceres.
Neste sentido, foi adotado esse meio de pesquisa também em razão da sua confiabilidade, pois, o site do STF é atualizado constantemente para refletir os últimos
22
acontecimentos e decisões relacionados ao RE 635659. Esta atualização contínua assegura que as informações disponíveis são sempre as mais recentes, permitindo que os usuários se mantenham informados sobre o progresso e os desdobramentos do caso.
Portanto este suporte de busca permite uma análise detalhada dos argumentos apresentados, das fundamentações jurídicas e das interpretações dos ministros.
4.1. PERCURSO METODOLÓGICO EMPREGADO PARA ANÁLISE DO JULGAMENTO
Para obter os resultados pretendidos, quais sejam, as informações preliminares, partes e decisões no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, necessário se fez adentrar ao sítio eletrônico do Supremo, mediante acesso ao link
https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145.
Em seguida, ao clicar na aba ?Processos? e digitar o número do processo originário (0018946-13.2009.8.26.0161), ou clicar na aba ?Repercussão Geral? e colocar o número do tema, neste caso o 506, somos imediatamente direcionados a página onde temos acesso a todas as informações necessárias para o desenvolvimento deste trabalho.

A partir do acesso ao sítio eletrônico mencionado, podemos ter acesso às publicações durante o julgamento mediante acesso ao ?Diário da Justiça Eletrônico (Dje)?, a ?Jurisprudência? (reconhecimento da repercussão geral, publicada em 09/03/2012), bem como ao leading case que nos fornece as informações gerais do processo, e, por fim acesso às peças processuais, tais como pedidos de ingresso como Amicus Curiae, sustentação oral etc, bem como acesso ao despachos e decisões prolatadas, mediante acesso a aba ?Peças?.

Por sua vez, não foi possível obter acesso ao inteiro teor do votos de todos os ministros, uma vez que alguns votos ainda não foram disponibilizados. Neste sentido, buscando a íntegra/inteiro teor dos votos dos ministros, tendo em vista a escassez em outros meios de pesquisa, necessário se fez entrar em contato, através de e-mail, com a Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do Supremo Tribunal Federal, setor responsável pelas pesquisas judiciárias no âmbito do supremo.

Neste momento, obtive o seguinte esclarecimento: ?Informamos que o referido julgamento ainda não foi finalizado, conforme o andamento processual, o julgamento foi suspenso por motivo de pedido de vista, e os ministros que votaram, ainda não
23
disponibilizaram seus votos. Sendo assim, só conseguimos disponibilizar os votos, no final do julgamento, com a publicação do referido acórdão."

Diante disso, obtive acesso tão somente ao inteiro teor dos votos do ministros Alexandre de Moraes, do relator Gilmar Mendes, Luis Roberto Barroso, e do Fachin, não foi possível ter acesso ao inteiro teor de todos os ministros, motivo pelo qual se fez necessário buscar fontes jornalísticas confiáveis, bem como ouvir os votos disponibilizados em plataformas de audiovisual, tais como o canal oficial do Supremo Tribunal Federal no YouTube.

4.2. DESCRIÇÃO DO JULGAMENTO

O referido julgamento foi iniciado após a interposição de recurso em favor de um condenado por porte de 3g (gramas) de cannabis sativa (maconha) que o Recorrente alegava ser para consumo próprio. Ocorre que, diante da condenação, a Defensoria Pública do estado de São Paulo interpôs recurso sob a alegação da inconstitucionalidade do art. 28, em face da violação do art. 5º, X, da Constituição Federal.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988)

Assim, no decorrer do julgamento, explicou o ministro relator Gilmar Mendes45:

No caso em análise, o art. 28 é impugnado sob o enfoque de sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. Não se funda o recurso na natureza em si das medidas previstas no referido artigo, mas, essencialmente, na vedação constitucional à criminalização de condutas que diriam respeito, tão somente, à esfera pessoal

do agente incriminado. (2015, p. 3 e 40)

Em dezembro de 2011, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a existência de repercussão geral na questão em debate sobre a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas (STF, 2011), motivo pelo qual o Ministro Gilmar Mendes, sorteado relator do caso, destacou a relevância social do tema

45 MENDES, Gilmar Ferreira. RE 63659/SP. Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes proferido em 20/08/2015.

24

e defendeu a importância da Corte se manifestar para pacificar a questão da possibilidade de descriminalização do porte de drogas para consumo próprio.

O julgamento teve início no Plenário do Supremo Tribunal Federal em 19 de agosto de 2015, e foi suspenso em setembro do mesmo ano após o pedido de vista do Ministro Teori Zavascki.

FICHA TÉCNICA LEADING CASE INSTÂNCIA RELATOR PROC.
ORIGINÁRIO
RECURSO
EXTRAORDINÁRIO
635.659
STF GILMAR
MENDES
0018946-13.2009.8.
26.0161
TRAMITAÇÃO PROTOCOLO
DA AÇÃO
RECONHECIMENTO DA
REP. GERAL (TEMA 506)
STATUS ATUAL
22/02/2011 09/12/2011 EM JULGAMENTO

Fonte: Supremo Tribunal Federal.

Após o falecimento do Ministro Teori Zavascki, o processo foi redistribuído, e novos debates surgiram, especialmente com a mudança de composição do STF. E, desde então, dos 11 (onze) ministros que compõem a Suprema Corte, votaram apenas 8 (oito). Dentre estes, os ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Rosa Weber votaram de forma favorável ao afastamento da criminalização do porte de maconha para consumo próprio. Por sua vez, os ministros Cristiano Zanin Martins, Kássio Nunes Marques e André Mendonça posicionaram-se de forma oposta.

Dessa forma, até o momento, o julgamento registra um placar de 5 a 3, com maioria de votos para afastar a criminalização do porte de maconha para consumo próprio. Contudo, o processo encontra-se suspenso após pedido de vistas do Ministro Dias Toffoli, para melhor análise, portanto, além de seu voto, ainda votarão os ministros Luiz Fux e Cármen Lúcia.

Conforme supracitado, o tema em julgamento trata da constitucionalidade dos tipos penais do art. 28 da Lei 11.343/06, de modo que se discute a inexistência de

lesividade na conduta de porte de droga para consumo pessoal e o exercício da
25
autonomia privada, a qual é constitucionalmente protegida pelo direito à vida íntima, não havendo, portanto, qualquer ofensa à tutela da saúde pública.

Portanto, o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635.659, em andamento no Supremo Tribunal Federal (STF), representa um marco significativo na interpretação e aplicação da legislação brasileira referente ao porte de drogas para uso pessoal, e, sua decisão poderá ser um importante passo no caminho para amortização dos efeitos desta política que tem se demonstrado ineficaz em seus objetivos.

4.3. OS VOTOS DOS MINISTROS

Conforme já demonstrado, o Ministro Gilmar Mendes é o relator do julgamento ora analisado. Ainda em 2015, o ministro votou a favor da descriminalização do porte de qualquer tipo de droga desde que para consumo pessoal (STF, 2015).

O ministro iniciou sua abordagem, prestando esclarecimentos, sob a ótica do princípio da proporcionalidade, acerca dos crimes de perigo abstrato e as políticas regulatórias no contexto da Lei de Drogas, notadamente em relação ao usuário.

Em seu voto, Mendes destacou que não existem estudos suficientes ou incontroversos que demonstrem que a proibição é o meio mais eficaz no combate ao tráfico de drogas, enfatizando ainda que, em que pese tenha sido aplicada esta política de drogas, frequentemente chamada de "Guerra às Drogas", o tráfico tem aumentado consideravelmente nas últimas décadas.

O relator, destacou a importância de definir uma distinção precisa entre tráfico de drogas e posse para consumo pessoal, sob o argumento de que esta é crucial para o destino da pessoa abordada, tendo em vista que ela pode ser presa por até quinze anos, se condenada por tráfico, ou permanecer livre, sujeita apenas a medidas transitórias previstas no artigo 28, sem repercussões penais, se classificada como usuária.

O ministro demonstrou extrema preocupação quanto à seletividade do sistema penal, com indicações de tratamento mais rigoroso para pessoas em situação de vulnerabilidade, especialmente os viciados, tendo em vista que a interpretação subjetiva dos fatos pode levar a decisões arbitrárias.

?Da mesma forma, a percepção geral é de que o tratamento criminal aos usuários de drogas alcança, em geral, pessoas em situação de fragilidade econômica, com mais dificuldade em superar as consequências de um processo penal e reorganizar suas vidas depois desqualificados como criminosos por condutas que não vão além de mera lesão pessoal.
26
Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional.? (MENDES, STF, 2015)

Argumenta ainda, noutro aspecto, que o consumo de qualquer substância é uma decisão estritamente privada, e qualquer dano decorrente disso afeta principalmente a saúde do próprio usuário, motivo pelo qual proibir esse consumo é desrespeitar a decisão individual do ser de arriscar a própria saúde, afastando, portanto, a saúde

pública como bem jurídico tutelado.
Neste sentido, vota pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, afastando, portanto, qualquer efeito penal no dispositivo. Porém, mantendo as medidas administrativas até nova legislação específica.
?Tendo em conta os resultados retratados na pesquisa sobre práticas integrativas, há pouco noticiada, afigura-se que a aplicação, no que couber, das medidas previstas no referido artigo, sem qualquer efeito de natureza penal, mostra-se solução apropriada, em caráter transitório, ao cumprimento dos objetivos da política nacional de drogas, até que sobrevenha legislação específica.? (MENDES, STF 2015)
É importante destacar ainda que, no decorrer do julgamento, após o voto de Alexandre de Moraes, o ministro relator reajustou seu voto no sentido de descriminalizar tão somente o porte de maconha.
Em seguida, o ministro Edson Fachin também manifestou seu voto nos termos do relator, Gilmar Mendes, se alinhando ao pensamento de que o consumo de drogas deve ser considerado como fato da autodeterminação individual, de modo que tal consumo diz respeito à intimidade e privacidade do indivíduo (STF, 2015).
Fachin destaca ainda que, o caso em análise envolve especificamente o porte de maconha, e, que por prudência judicial, a decisão do Supremo Tribunal Federal de descriminalizar o porte de drogas para consumo pessoal deve ser limitada a essa substância.
O ministro Fachin faz questão de destacar que, sob a sua ótica, os critérios ou parâmetros objetivos para diferenciar o traficante do usuário deve ser fixado tão somente pelo Congresso Nacional.
Por sua vez, o ministro Luís Roberto Barroso, assim como Gilmar Mendes e Edson Fachin, também destacou que a medida implica que o Estado não tem autoridade para interferir ou punir o porte de drogas para consumo pessoal (STF, 2015).
27
Ocorre que, faz questão de frisar que tal medida não é equivalente à legalização do consumo de qualquer droga ilícita, nem mesmo a maconha, embora reconheça a inconsistência de descriminalizar o consumo enquanto a produção e distribuição de drogas continuam sendo crimes.
Barroso, demonstrando notória preocupação com o encarceramento gradativo da população brasileira, fez questão de ressaltar as implicações da criminalização do porte de pequenas quantidades de maconha para o elevado número de prisões no Brasil, especialmente entre jovens negros. Argumentando ainda que, é fundamental estabelecer uma quantidade específica para diferenciar o usuário do traficante.
Para a determinação do critério quantitativo na distinção entre usuário e traficante, o Ministro Luís Roberto Barroso, cita critérios adotados em outros países como exemplos a serem considerados. O Ministro esclarece que no Uruguai é adotado o critério de 40 gramas, na Espanha o critério de 100 gramas e, em Portugal, o qual considera uma experiência de sucesso, 25 gramas.
Diante disso, baseando-se nestes modelos, Barroso estabelece um critério quantitativo de 25g como o limite para presumir o portador como usuário,

argumentando que esta presunção é tão somente inicial, de modo que pode ser refutada pelo magistrado de acordo com as circunstâncias no caso concreto. Noutro aspecto, no que diz respeito ao cultivo de Cannabis para consumo próprio, o Ministro propõe um limite de até 6 plantas fêmeas.

Em sequência, o Ministro Alexandre de Moraes argumenta que a problemática na aplicação da lei diz respeito ao artigo 28 da Lei de Drogas, pois, em sua visão, tal disposição aumentou a discricionariedade tanto da autoridade policial quanto do Ministério Público e das autoridades judiciais.

Argumentou ainda que, com a nova lei, o que antes era classificado como usuário passou a ser rotulado como pequeno traficante, acarretando em penas mais severas, e superlotando o sistema carcerário.

Diante disso, o Moraes votou pela descriminalização do porte de maconha para uso pessoal, propondo que seja presumido usuário aquele que guarde, tenha, transporte ou traga consigo até 60 gramas de maconha, ou seis plantas fêmeas.

Argumentou com isto que essa presunção seria relativa, permitindo à autoridade policial considerar outros critérios que possam caracterizar o tráfico de entorpecentes, tais como, a forma de acondicionamento, a diversidade de entorpecentes encontrados
28
com a pessoa, e a apreensão de instrumentos, como balanças, cadernos de anotação e celulares.

Moraes esclarece ainda que estes critérios devem ser considerados durante a audiência de custódia, e, portanto, se o indivíduo estiver com quantidades inferiores às estabelecidas, a autoridade judicial deverá fundamentar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva com base em outros critérios que caracterizem o tráfico.

Por outro lado, se a quantidade encontrada for superior à presumida para uso pessoal, a autoridade judicial deverá permitir que o indivíduo comprove que se trata de um usuário e não de um traficante.

No seu voto, a Ministra Rosa Weber também seguiu o entendimento do ministro relator, manifestando seu voto no sentido da descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, ajustando sua posição para que o julgamento se aplicasse exclusivamente ao porte de maconha, argumentando estar plenamente convencida de que é mais apropriado restringir o julgamento apenas a essa substância.

Weber, argumentou que, durante suas visitas nas unidades prisionais brasileiras, como presidente do Conselho Nacional de Justiça, pôde observar de perto a gravidade da situação de tais unidades e que a política de drogas ora aplicada tem contribuído de forma contundente para o agravamento desta situação.

Noutro aspecto, argumentou ainda que o consumo estritamente pessoal de drogas representa um risco à saúde individual do usuário e, portanto, deve ser tratado no âmbito das políticas públicas de saúde e reinserção social, em vez de ser abordado predominantemente pelo aparato penal do Estado.

Ancorada nestes argumentos, a Ministra aderiu ao critério estabelecido pelo Ministro Alexandre de Moraes para diferenciar usuários de traficantes, que é de até 60 gramas de maconha para ser classificado como porte pessoal. Neste sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso, originalmente propondo um limite de 25 gramas, demonstrou

estar aberto a ajustar seu voto para se alinhar à maioria em relação à quantidade estabelecida.
O Ministro Cristiano Zanin Martins, primeiro a negar provimento ao Recurso, abriu a divergência no julgamento e votou contra a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343 sob o argumento de que isto poderia potencializar o problema do encarceramento, pois, sob a sua ótica, seriam removidos os únicos parâmetros legais disponíveis para distinguir entre o usuário e o traficante.
29
Neste sentido, o ministro votou pela constitucionalidade do referido artigo, notadamente chamando atenção pela manutenção do critério já existente no parágrafo 2º.
Contudo, em que pese tenha se posicionado de forma divergente, segue a maioria no no que diz respeito a quantidade de maconha a ser fixada como parâmetro orientador que sirva de limite para distinguir uso e tráfico, ou seja, 25 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, propondo a seguinte redação:
?1) É constitucional o artigo 28 da Lei 11.343.
2) Para além dos critérios estabelecidos no parágrafo 2º do artigo 28 da Lei 11.343 para diferenciar o usuário de maconha do traficante, o tribunal fixa, como parâmetro adicional, a quantia de 25 gramas ou seis plantas fêmeas para configuração de usuário da substância, com a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante fundamentação exauriente das autoridades".? (MARTINS, STF, 2023)
O Ministro André Mendonça adota uma posição cautelosa, argumentando que tal medida poderia ser interpretada como um aval para o consumo o que, potencialmente, acarretaria prejuízos à saúde pública.
Ademais, entende que a discussão sobre a descriminalização deve ocorrer dentro do poder legislativo, respeitando o devido processo democrático. Neste sentido, propõe que seja declarada a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas e seja estabelecido um prazo para o Congresso Nacional deliberar a temática e definir critérios objetivos para diferenciar o porte para consumo pessoal e para tráfico de drogas.
Noutro aspecto, propõe ainda que sejam caracterizados como usuários aqueles que portarem até 10g de maconha, o que acredita ser equivalente a 36 cigarros, até que o Congresso delibere sobre o assunto.
Por fim, o Ministro Kassio Nunes Marques, vota em posição alinhada com a visão de que a descriminalização do porte de maconha para uso pessoal deve ser uma decisão do Legislativo e não do Judiciário.
O Ministro destaca ainda que, em sua ótica, o consumo de drogas vai além do próprio usuário tendo em visto que afeta também a sociedade em geral e que, portanto, a manutenção da criminalização, conforme previsto no artigo 28, funciona como um fator inibitório tanto para o consumo quanto para o tráfico de entorpecentes.
Por fim, o ministro Dias Toffoli, pediu vista para examinar de forma mais minuciosa o processo antes de proferir seu voto e terá até 90 dias para explorar o
30
processo antes de devolvê-lo para Barroso. E, como supramencionado, após seu voto,

ainda votarão os ministros Luís Fux e Cármen Lúcia.

5. IMPACTO DO JULGAMENTO DO RE 635.659 NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

A descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal está a um passo de se tornar realidade no Brasil, uma vez que, conforme exposto no capítulo anterior, cinco ministros já proferiram votos favoráveis à medida, motivo pelo qual resta apenas mais um voto favorável para que se forme a maioria.

Diante da iminente decisão favorável à descriminalização do porte de maconha para uso pessoal no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, torna-se fundamental considerar as consequências do afastamento da incidência do Direito Penal nesse contexto específico e quais as potenciais consequências para a sociedade.

Neste sentido, em se confirmando a descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal, bem como estabelecido um critério objetivo quantitativo que sirva de parâmetro limite para qualificar o usuário ou o traficante, quais seriam os impactos desta decisão, notadamente no âmbito do sistema carcerário brasileiro?

Inicialmente, o primeiro impacto seria no âmbito do poder judiciário brasileiro, uma vez que as pessoas apreendidas com drogas, dentro dos limites estabelecidos pelo supremo, não seriam mais presas ou processadas como se traficante fossem, desde que ausentes os outros elementos que denotem tráfico, tais como balança de precisão, arma, munição, anotações contábeis referentes ao comércio de substâncias ilícitas e etc.

Diante disso, levando em consideração a média de crescimento do número de presos e processados em razão da Lei de Drogas desde 2006, a medida indica uma possível redução no número de processos judiciais em trâmite no judiciário, uma vez que, em sua maioria, são presos com pouca quantidade de drogas. Para consubstanciar isto, Marcelo Semer46 aponta que aproximadamente 50% dos encarcerados foram presos por estar na posse de menos de 100 gramas de maconha ou 50 gramas de cocaína.

Cumpre destacar, portanto, que a quantidade de drogas apreendidas tem sido fundamental no enquadramento do agente como usuário ou traficante.

46 SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019, p. 285-286.

31

Ocorre que, mesmo fixado um novo parâmetro, não se pode falar em soltura automática dos presos ou medidas similares, uma vez que a quantidade de substância não é o único critério para caracterizar alguém como traficante.

Sendo assim, os detentos serão potencialmente impactados pelo julgamento, pois, uma vez que tais critérios serão meramente orientadores, devem buscar a jurisdição para solicitar uma revisão criminal, na qual suas penas serão reavaliadas à luz dos novos parâmetros e das circunstâncias específicas de seus casos, momento em que será decidido pela reclassificação, ou não, da conduta para consumo pessoal.

Por sua vez, à médio prazo, o impacto desta decisão atingiria o sistema carcerário brasileiro, uma vez que, superada a adoção dos critérios subjetivos transferidos à estrutura do Poder Judiciário para definir o usuário e o traficante, os quais são fundamentados nas circunstâncias sociais e pessoais, localidade e condições em que se desenvolveu a ação, e adotados parâmetros quantitativos objetivos, evitando, assim,

que o subjetivismo das autoridades gerem decisões contraditórias, a tendência é uma redução da superlotação carcerária.

Para consubstanciar isso, faz-se mister sublinear a perspectiva apresentada pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) em conjunto com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos do Ministérios de Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP), em torno do julgamento do crime de tráfico de drogas no judiciário brasileiro.

Os cenários analisados pelo IPEA e SENAD/MJSP, tiveram como base os critérios sugeridos em nota técnica do Instituto Igarapé colacionado aos autos em 2015, a qual pugna pela urgência de estabelecimento de parâmetros objetivos na distinção entre traficante e usuário, a partir dos quais os agentes públicos possam avaliar de forma mais precisa e justa.

A nota técnica do Instituto Igarapé, pelos especialistas que a subscrevem, destaca ainda que parâmetros propostos, e, eventualmente adotados pelo Supremo, tem natureza de presunção relativa, uma vez que julgador pode, desde que de forma fundamentada, desconsiderar tais critérios se os demais critérios legais apontarem para a condição de traficância.

De acordo com a referida nota técnica, para adotar esses parâmetros, foram consideradas as experiências internacionais, os padrões nacionais de consumo de drogas e a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal.

32

CENÁRIO 1 CENÁRIO 2 CENÁRIO 3

25 gramas 40 gramas 100 gramas

6 plantas fêmeas 10 plantas fêmeas 20 plantas fêmeas

Fonte: Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA)

A definição por algum destes critérios para distinguir usuários e traficantes pode atingir de forma significativa os casos em andamento, potencialmente resultando na reclassificação de alguns indivíduos que anteriormente eram considerados traficantes como simples usuários de drogas. Inclusive, para além da definição de gramatura, destaca-se a importância de definição da quantidade de plantas para cultivo, para evitar possíveis erros que levem ao enquadramento no inciso II do §1º do art. 33.

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.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

[...]

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; (BRASIL, 2006)

De acordo com o resultado final da pesquisa do IPEA, se adotados os critérios

previstos no ?Cenário 1?, ou seja, gramatura no limite de 25 gramas ou 6 (seis) plantas fêmeas, conforme sugerido pelos ministros Cristiano Zanin Martins e Kássio Nunes Marques no durante o julgamento do RE 635.659, aproximadamente 27% dos presos condenados por tráfico de drogas, cuja a substância apreendida foi maconha, poderiam ter suas penas revistas para uma possível requalificação da condição de traficante para usuário.

33

Por sua vez, a adoção do critério proposto no ?Cenário 2?, o qual estipula o limite de 40 gramas de maconha ou 10 (dez) plantas fêmeas, poderia resultar na revisão das penas de aproximadamente 33% dos condenados. Em consonância a este cenário, os ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso propuseram um limite de 25 a 60 gramas, bem como o cultivo de até 6 plantas fêmeas, de modo que entre 27 e 40 % das penas podem ser revistas.

E, finalmente, se adotado o critério do ?Cenário 3?, cujo limite seria maior, na gramatura de 100 gramas de maconha ou 20 (vinte) plantas fêmeas, limite que chegou a ser proposto pelo ministro Luís Roberto Barroso, cerca de 48% dos condenados por tráfico poderiam ter suas penas revistas.

Vale destacar ainda que, o Ministro André Mendonça propôs o limite de até 10 gramas, o que, segundo Marcelo Semer, após denso estudo acerca do papel dos juízes no encarceramento47, representa aproximadamente 14% das prisões por porte de maconha.

Ademais, o estudo do Ipea, demonstra ainda que, para além da maconha, no caso da cocaína, pelo menos o percentual de 31% dos presos por tráfico poderia ter sua pena revista caso o Supremo fixasse um parâmetro de 10 gramas, bem como o percentual de 37% caso fosse fixado o limite de 15 gramas.

Sendo assim, o estudo projeta a possibilidade de reclassificar como porte para uso de drogas, aproximadamente, entre 27 e 48% das apreensões de cannabis e entre 31 e 37% das apreensões de cocaína.

Neste sentido, à luz do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, verifica-se que os critérios sugeridos pelos ministros estão, em sua maioria, em consonância aos critérios adotados pelo Ipea na realização de sua pesquisa.

Em tempo, é importante destacar ainda que o julgamento do Recurso Extraordinário 635.59 está em curso há aproximadamente 9 (nove) anos. E, esta morosidade na definição, pode ter contribuído para o aumento da população carcerária, conforme verifica-se dos dados extraídos através do SISDEPEN.

De acordo com os dados extraídos pelo SISDEPEN, observa-se no levantamento realizado no último semestre de 2014, ano que antecede o início do julgamento, que o Brasil tinha à época um contingente de 147.475 pessoas privadas de liberdade por crimes relacionados à lei de drogas.

47 SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019.

34

Ocorre que, diante da morosidade no julgamento, este contingente cresceu significativamente, alcançando a marca aproximada de 200.000 presos no segundo

semestre de 2023, conforme 15º ciclo de coleta levantado pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ou seja, um aumento de aproximadamente 35%.
Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN - 15º ciclo de coleta).
Sendo assim, destaca-se que, levando em consideração os cenários apresentados pelo Ipea, este aumento poderia ter sido evitado se o julgamento já houvesse sido definido. Portanto, conforme argumenta Alexandre de Moraes48, a fixação de critérios mais objetivos para a distinção entre traficantes e usuários levariam a diminuição da discricionariedade policial no momento da realização do flagrante e, posteriormente, a discricionariedade do Ministério Público no momento da denúncia e a judicial na tipificação final da conduta, o que, consequentemente reduziria o número das prisões em razão da lei de drogas.
48 DE MORAES, Alexandre. RE 63659/SP. Voto do Ministro Alexandre de Moraes proferido em 02/08/2023, p. 25-27.
35
CONSIDERAÇÕES FINAIS
Este trabalho buscou compreender os fundamentos da configuração da Lei 11.343/2006, bem como, ancorado em dados estatísticos, entender os reflexos da sua aplicação no sistema penitenciário brasileiro.
Para tanto, foi traçada uma perspectiva histórica acerca da utilização de substâncias psicoativas, bem como as origens da política proibicionista de drogas buscando entender suas causas e consequências. Sendo assim, foi possível vislumbrar que há milênios essa prática é utilizada pelas mais diversas culturas para os mais variados fins, sejam eles ritualísticos, religiosos ou de cunho pessoal.
Após isto, buscou-se compreender as raízes do proibicionismo no Brasil, momento em que observou-se que o proibicionismo foi alicerçado, notadamente por questões morais, econômicas e sociais, ou seja, embora criado sob o crivo da proteção da saúde pública, este argumento, na verdade, se mostra secundário.
Buscando compreender o impacto da Lei de Drogas no sistema carcerário brasileiro, foi realizada uma pesquisa do tipo documental com análise dos dados estatísticos do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN). Neste momento, através do levantamento realizado, observou-se que após o advento da lei de drogas, a população carcerária brasileira mais que dobrou, e, embora não se possa imputar este crescimento unicamente à Lei de Drogas, não se pode ignorar sua decisiva influência para que fossem atingidos estes números.
Conforme os dados levantados, o número de presos por crimes relacionados a drogas no Brasil sob a vigência da Lei nº 6.368/76 consistia no montante de 32.880 até o fim de 2005. Por sua vez, com o advento da Lei nº 11.343/06, Lei de Drogas em vigor, este número atingiu o contingente de 199.731 presos, portanto, verificamos um aumento de pelo menos 166.851 pessoas privadas de liberdade em razão desta lei, ou seja, um impactante aumento no percentual de aproximadamente 507%.
Por fim, foi analisado o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (Tema 506), buscando compreender os possíveis impactos da eminente decisão pelo Supremo

Tribunal Federal que, descriminalizando ou não o porte para consumo pessoal da maconha, fixará um critério objetivo que servirá de parâmetro para auxiliar no julgamento dos crimes relacionados a drogas.

Conforme exposto, os critérios sugeridos pelos ministros variam do limite mais conservador de apenas 10 gramas de cannabis, para a gramatura mais liberal de 100

36

gramas, destacando ainda que, em sua maioria, os ministros sugeriram que seja fixado o parâmetro de 25 gramas ou 6 plantas fêmeas para cultivo.

Assim, após análise dos estudos realizadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) em conjunto com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos do Ministérios de Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP), foi possível chegar a conclusão de que se estabelecido um critério de 25 gramas de maconha ou 6 plantas fêmeas 27% dos presos por porte de maconha poderão ter suas penas revistas, se fixado um parâmetro de 40 gramas ou 10 plantas fêmeas este percentual seria de pelo menos 33%, e, por, fim, se fixado o parâmetro de 100 gramas, cerca de 48% dos presos poderiam pedir revisão criminal e ter suas penas revistas.

Conclui-se, portanto, que ante todo o exposto no decorrer deste trabalho, a Lei 11.343/06, teve papel decisivo no aumento da população carcerária brasileira. Principalmente porque, a ausência de critérios quantitativos claros para distinguir o usuário do traficante deixou lacunas legais que permitiram a atuação discricionária do poder público, notadamente pelos policiais e juízes.

A decisão do Supremo Tribunal em estabelecer um parâmetro objetivo para distinguir entre usuários e traficantes de drogas é uma medida importante, ainda que não resolva de imediato a problemática da superlotação carcerária. No entanto, essa decisão tem o potencial de conter o crescimento exponencial da população prisional, o que, por sua vez, poderá contribuir para a redução da superlotação ao longo do tempo.

37

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Marcelo Caetano Bittencourt Pizzani Ribeiro. Análise Crítica dos Impactos da Lei 11.343/06 nos Rumos do Encarceramento no Brasil. Fortaleza/CE, Vol. 11, Edição 231, 2023. Disponível em: http://dx.doi.org/10.35265/2236-6717-231-12510. Acesso em 23 jun. 2024

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659. Tema: Repercussão Geral 506. Recorrente: Francisco Benedito De Souza. Recorrido: Ministério Público Do Estado De São Paulo. Relator: Gilmar Mendes. Órgão De Origem: TJSP - 1º Colégio Recursal - Central São Paulo. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145. Acesso em 12 mai. 2024.

_____. Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915. Promulga a Convenção Internacional do Ópio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assinados na Haya. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 3597. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D11481.html. Acesso em: 16 jun. 2024

_____. Decreto nº 4.294, de 06 de julho de 1921. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 13407. Disponível em:https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-publicacaooriginal-92525-pl.html. Acesso em 16 jun. 2024

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 23911. Coleção de Leis do Brasil - 194 0, Página 187 Vol.7. 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: 14 jun. 2024

_____. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 out. 1976. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6368-21-outubro-1976-357249-norma-pl.html. Acesso em: 10 mai. 2024

_____. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2

BASILIO, Adriene Jayme. A Guerra Contra As Drogas E A Superlotação Carcerária No Brasil. 2022. 62 f. Monografia. Pontifícia Universidade Católica De Goiás, Goiás, 2022.

BLOCK, Walter. Drug prohibition: a legal and economic analysis. Journal of Business Ethics, Worcester, v. 12, p. 689-700, set. 1993.

BOITEUX, Luciana. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade. 273 f. Tese (doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em:
38
https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf Acesso em: 12 mai. 2024.

_____, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), 2014. p. 92.

CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

COFFI, Pedro Pasquotto. A ausência de critérios objetivos na lei 11.343/2006. 2018. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Penal e Criminologia. Porto Alegre. 2018, P. 37.

DE MELO, Michel Cícero M. Acórdãos, Objetos e Territórios: Tráfico de drogas e associação para o tráfico nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 2020. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em:

https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf. Acesso em: 27 mai. 2024
DOMENICI, Thiago e BARCELOS, Iuri. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. Disponível em: Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo - Agência Pública.
ESCOHOTADO, Antônio. História General de Las Drogas. 3. ed. rev. aum. Madri: Alianza, 1995. 3 v
FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf. Acesso em: 12/04/2024. Acesso em: 30 mai. 2024.
JESUS, Maria Gorete Marques de. ?O Que Está no Mundo não Está nos Autos?: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. São Paulo: Tese (Doutorado em Sociologia) ? Universidade de São Paulo, 2015.
KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013. Disponível em: http://dspace/xmlui/bitstream/item/6937/PDIexibepdf.pdf?sequence=1. Acesso em: 11/11/2024
39
LABATE, Beatriz Caiuby. Viagem ao centro do Iboga. Publicado em: http://www.terramistica.com.br/index.php?add=Artigos&file=article&sid=56&ch=4. Acesso em: 16 de jun. 2024
INÁCIO, Mariana Secorun; BUENO, Marina Manzoni. Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021.
PAIS, T.A. ?Drug Profiling: O caso da Heroína?. 2011. 92 f. Dissertação apresentada para provas de Mestrado em Química Forense, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.
PILATI, Rachel Cardoso. Direito Penal do Inimigo e Política Criminal de Drogas no Brasil: Discussão de Modelos Alternativos. 2011. 164 f. (Dissertação) Universidade Federal de Santa Catarina.
RAMOS, Alex Agra. Dispositivo autocrático de segurança: violência policial e dominação burguesa no Brasil. Salvador, 2020.
Relatório um tiro no pé: impactos da proibição das drogas no orçamento do sistema de justiça criminal do Rio de Janeiro e São Paulo. Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC). Disponível em: https://drogasquantocustaproibir.com.br/. Acesso em 16 mai. 2024
Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas. 2011. Disponível em: http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2017/10/GCDP_WaronDrugs_PT.pdf. Acesso em: 20 abr. 2024
RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) -

Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014
SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019.
VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, 2021.
WACQUANT, Loïc. As Prisões da Miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research (ICPR), em Birkbeck, Universidade de Londres. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/ Acesso em: 14 mai. 2024
ZALUAR, Alba. Democratização inacabada: fracasso da segurança pública. Estudos Avançados, 2007. 21(61), 31?49. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0103-40142007000300003. Acesso em: 24 abr. 2024

==========

Arquivo 1: TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf (9878 termos)
Arquivo 2: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios (709 termos)
Termos comuns: 16
Similaridade: 0,15%
O texto abaixo é o conteúdo do documento TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf (9878 termos)
Os termos em vermelho foram encontrados no documento https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios (709 termos)

==========

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
GRADUAÇÃO EM DIREITO
JOÃO VICTOR DE MATOS SILVA
POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL:
O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA
POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
Salvador
2024
JOÃO VICTOR DE MATOS SILVA
POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL:
O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA
POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
Artigo apresentado ao Curso de
Graduação da Universidade Católica
do Salvador, como requisito parcial
para a obtenção do Título de Graduado
em Direito.
Orientador: Alan Roque Souza de
Araujo.
Salvador
2024
3POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL: O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
João Victor de Matos Silva1
Alan Roque Souza De Araujo2
RESUMO: A utilização de substâncias psicoativas é uma realidade que pode ser observada há milênios em diferentes civilizações e para os mais diversos fins, sejam estes, de cunho personalíssimo, ritualístico, religioso, terapêutico e/ou medicinais. Em contrapartida, vislumbra-se também que ao longo do tempo estas substâncias, popularmente conhecidas como drogas, passaram a ser combatidas pelo Estado, geralmente por meio do aparelho repressivo estatal, que, contudo, não tem sido exitoso

em seus objetivos. Neste sentido, diante da evidente ineficácia estatal, que tem contribuído para a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, conforme análise dos dados pesquisados, é importante reavaliar estratégias para enfrentar os problemas causados pelo comércio ilícito de drogas, e, neste aspecto, busca-se compreender como o julgamento do Recurso extraordinário 635.659 pode impactar na população carcerária brasileira.

PALAVRAS CHAVE: Proibicionismo. Drogas. Encarceramento. Seletividade Penal. Recurso Extraordinário 635.659.

ABSTRACT: The use of psychoactive substances is a reality that can be observed for millennia in different civilizations and for the most diverse purposes, be they very personal, ritualistic, religious, therapeutic and/or medicinal. On the other hand, it can also be seen that over time these substances, popularly known as drugs, have come to be combated by the state, usually through the state's repressive apparatus, which, however, has not been successful in its objectives. In this sense, given the obvious inefficiency of the state, which has contributed to the overcrowding of the Brazilian prison system, according to an analysis of the data researched, it is important to re-evaluate strategies to tackle the problems caused by the illicit drug trade, and in this regard, we seek to understand how the judgment of Extraordinary Appeal 635.659 may impact on the Brazilian prison population.

KEYWORDS: Prohibitionism. Drugs. Imprisonment. Criminal Selectivity. Extraordinary Appeal 635.659.

2 Professor universitário. Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista Internacional em Segurança Pública pela UNEB e Universitá Degli Studi di Padova. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Cairu. Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Superior (UNYAHNA).

1 Graduando no curso de Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). E-mail: joaovm.silva@ucsal.edu.br

4SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. DA POLÍTICA DE DROGAS ADOTADA NO BRASIL: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA 2.1 O PROIBICIONISMO NO BRASIL E A LEI 11.343/2006 2.2. A PROBLEMÁTICA DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS: COMO DISTINGUIR USUÁRIO DE TRAFICANTE 3. ANÁLISE DOCUMENTAL DO SISDEPEN: IMPACTO DA LEI DE DROGAS PARA A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO 3.1 POPULAÇÃO CARCERÁRIA ANTES E DEPOIS DA LEI DE DROGAS. 3.2 VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO POLICIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS 4. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POLÍTICA DE DROGAS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RE 635.659 4.1 PERCURSO METODOLÓGICO EMPREGADO PARA ANÁLISE DO JULGAMENTO 4.2 DESCRIÇÃO DO JULGAMENTO 4.3 OS VOTOS DOS MINISTROS 5. IMPACTO DO JULGAMENTO DO RE 635.659 NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho buscou compreender a configuração da Lei de Drogas sancionada

em 2006 (Lei 11.343/2006), e, notadamente, quais são os seus reflexos no sistema penitenciário brasileiro.

É possível observar que, desde o início da vigência da Lei 11.343/2006, o número de pessoas privadas de liberdade em razão da Lei de Drogas, de forma provisória ou definitiva, teve um vertiginoso aumento, fator que contribuiu essencialmente para a superlotação do sistema carcerário. Prova disso, é que o Brasil tem hoje a terceira maior população carcerária do mundo, e, segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023)3, o encarceramento por crimes ligados a drogas deu um salto de aproximadamente 300% desde a promulgação da referida lei.

Um dos fatores para esse aumento, consiste na ausência de determinação no dispositivo legal de uma característica mais objetiva, como a gramatura ou quantidade que sirva de limite para distinguir o porte para consumo do tráfico de drogas, conforme aponta Pedro Pasquotto Coffi.4

Embora a quantidade não seja o único fator considerado para configurar a prisão por tráfico de drogas, a ausência de critério quantitativo tem contribuído significativamente para a prisão de usuários como se traficantes fossem, em razão da

4 COFFI, Pedro Pasquotto. A ausência de critérios objetivos na lei 11.343/2006. 2018. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Penal e Criminologia. Porto Alegre. 2018, P. 37.

3 Anuário Brasileiro de Segurança Pública / Fórum Brasileiro de Segurança Pública. ? 1 (2006) -. ? São Paulo: FBSP, 2023. 357 p.: il.

5seletividade penal no sistema de segurança pública brasileiro. Sendo assim, nas palavras de Luís Carlos Valois, tem sido fator importante na superlotação do já precário e abandonado sistema penitenciário5, sendo causa de rebeliões, mortes e violências de todas as espécies.

Diante disso, através do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (Tema de Repercussão Geral nº 506), que questiona a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, se discute no Supremo Tribunal Federal a necessidade do estabelecimento de critérios menos discricionários para, nas palavras do Ministro Alexandre de Moraes, ?evitar que uma mesma conduta, dependendo do local, condição social da pessoa ou outros elementos, possa ser definida como tráfico ou como posse para uso pessoal? 6.

Neste sentido, ainda segundo Moraes (2023)7, é importante que sejam estabelecidos critérios mais objetivos para a distinção entre traficantes e usuários, para que assim seja possível reduzir a discricionariedade policial quando do flagrante, bem como do Ministério Público quando da denúncia e da justiça quando da tipificação final da conduta.

Nesta senda, o problema de pesquisa que se busca responder com o presente artigo é como o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pode impactar na população carcerária brasileira. Defende-se, portanto, a importância desta pesquisa pois, a aplicação da Lei de Drogas (Lei 11.342/2006), tem se mostrado ineficaz para com os seus objetivos, tendo em vista que a ausência de um critério objetivo para distinguir o tráfico de drogas para o porte de droga para consumo pessoal, conforme Moraes (2023) tem dado margem para a discricionariedade policial e, com isso, tem sido responsável por um elevado número de prisões discricionárias.

Portanto, ante à obsoleta política criminal de drogas, a presente discussão se mostra essencial para a busca de um modelo alternativo de política de drogas que não seja orientado pelo paradigma proibicionista e repressivo e que tenha como escopo a busca pela redução das prisões por crimes relacionados a drogas.

Neste sentido, este trabalho terá como objetivo mais amplo identificar o impacto da política de combate às drogas adotadas no Brasil para o superencarceramento e como

7 DE MORAES, Alexandre. RE 63659/SP. Voto do Ministro Alexandre de Moraes proferido em 02/08/2023.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659 ? São Paulo. Repercussão geral nº 506 no Recurso Extraordinário.

5 VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, 2021, p.453.

6o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pode impactar na redução destas prisões.

Deste modo, para encontrar uma resposta ao problema de pesquisa proposto, foi necessário compreender alguns aspectos que foram subdivididos em 5 (cinco) capítulos.

Inicialmente, fez-se necessário buscar entender a gênese da política proibicionista de combate às drogas para que assim fosse possível compreender a construção da Lei 11.342/2006, bem como os seus reflexos na sociedade brasileira.

No capítulo seguinte buscou-se entender a importância do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na amortização do superencarceramento causado pela lei de drogas, através de análise dos votos dos ministros e a projeção do impacto da iminente decisão.

Em seguida, para demonstrar o crescimento da população carcerária brasileira, realizou-se uma comparação entre a população carcerária brasileira incidentes nos artigos da lei de drogas desde o início da sua vigência aos dias atuais. Neste sentido, buscou-se analisar dados, levantamentos e estatísticas penitenciárias realizados pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ferramenta utilizada pela Secretaria Nacional de Políticas penais para coletar informações padronizadas e realizar um eficaz mapeamento do sistema penitenciário no Brasil.

A metodologia utilizada foi a pesquisa qualitativa do tipo documental, tendo em vista que para mensurar estatisticamente o aumento gradativo da população carcerária brasileira por crimes relacionados a drogas, foi realizado a análise dos dados e relatórios extraídos pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), bem como pesquisa bibliográfica através de autores de referência mediante suas obras extraídas de repositórios acadêmicos como o repositório institucional da Universidade de São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, bem como periódicos como Scielo e Google Acadêmico.

Nesta senda, cumpre destacar que esta pesquisa não buscou deliberar acerca do processo legislativo que produziu a Lei 11.243/2006, tampouco buscou analisar a lei de drogas sob o crivo do processo penal, mas investigar as possíveis relações entre a Lei de Drogas e o aumento do encarceramento brasileiro, tomando como referência dados extraídos através do SISDEPEN.

72. DA POLÍTICA DE DROGAS ADOTADA NO BRASIL: CONSTRUÇÃO

HISTÓRICA DOMODELO PROIBICIONISTA.

A utilização de substâncias psicoativas, usualmente chamadas de drogas, não é uma exclusividade da modernidade. É possível observar, historicamente, que há milênios substâncias entorpecentes são utilizadas pelas mais diversas sociedades para fins de cunho personalíssimo, ritualístico, religioso, terapêutico e/ou medicinais.8

Exemplo disso é que, conforme demonstrado por Beatriz Labate, há cerca de cinco milênios, a tribo Pigmeu, habitante na África Central, ao observar como agiam os javalis que se alimentavam de determinado arbusto nativo daquela região, o Tabernanthe iboga, acabaram descobrindo as propriedades alucinógenas geradas através consumo da referida planta, motivo pelo qual passaram a consumi-la sob a lógica do entorpecimento9.

Não obstante, conforme registros deixados em papiros mesopotâmicos, verifica-se que a utilização de opioides e opiáceos na antiga Mesopotâmia era uma prática realizada há cerca de oito milênios. Inclusive, é possível observar que drogas consideradas atualmente como mais pesadas tais quais o ópio, heroína e a morfina, antes de terem sido classificadas como drogas de caráter ilícito, foram amplamente utilizadas pela medicina como alternativa para tratar de alguns problemas na saúde como a dor.10

Sendo assim, Pablo Ornelas Rosa11, aponta que não se trata, obviamente, de um fenômeno hodierno, mas de uma questão milenar que ultrapassa gerações. Portanto, para compreender como se originaram as políticas proibicionistas a nível global e a nível nacional, é indispensável entender como as sociedades mais remotas se comportavam diante destas substâncias.

Desde que passaram a ser utilizadas para fins psicotrópicos, aduz Salo de Carvalho, as drogas passaram a ser objeto de controvérsias e, consequentemente, combatidas pelo Estado.12

12 CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

11 ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014

10 ARAÚJO, Frederico Fonseca Casagrande de. Drogas: Uma análise histórica, social e contextual das políticas proibicionistas e de seus impactos sociais. Monografia. Curso de Direito. Faculdade Vale do Cricaré, São Matheus. 2018, p. 15.

9 LABATE, Beatriz Caiuby. Viagem ao centro do Iboga. 2001.

8 ARAÚJO, Frederico Fonseca Casagrande de. Drogas: Uma análise histórica, social e contextual das políticas proibicionistas e de seus impactos sociais. Monografia. Curso de Direito. Faculdade Vale do Cricaré, São Matheus. 2018, p. 14.

8Historicamente, é possível observar nas civilizações ocidentais e orientais algumas medidas proibitivas adotadas na primeira metade do século XIX. Neste sentido, as primeiras medidas restritivas ao consumo e comércio de drogas adotadas no ocidente, conforme Baesso (2013), citado por Araújo (2018), ocorreram após a revolução industrial, principalmente a partir do desenvolvimento da indústria farmacêutica.

Por sua vez, outro momento histórico que permite entender uma nova ordem internacional em torno da política proibicionista de drogas, desta vez no oriente, é a famigerada Guerra do Ópio travada entre China e Reino Unido.13

Escohotado14 argumenta que a China, ainda na primeira metade do século XIX,

adotou uma série de medidas proibitivas contra o comércio do ópio, inclusive, confiscando e destruindo centenas de carregamentos de navios ingleses, maiores exportadores de ópio para a China, o que levou a Inglaterra a invadir a China para garantir a continuidade do comércio de ópio na região.

Ocorre que, o combate mais incisivo contra a produção, comércio e até ao consumo para fins recreativos destas substâncias psicoativas veio tomar proporções globais, quando da adoção de políticas mais severas adotadas pelos Estados Unidos da América.

De acordo com Souza e Calvete (2017)15 uma das principais razões da proibição de psicotrópicos na cultura norte americana, foi a forte influência da ética protestantista, a partir da premissa de que o descontrole e a irresponsabilidade não poderiam ser tolerados, e, portanto, a utilização de substâncias psicoativas deveria ser veementemente combatida, o que demonstra que tais políticas foram influenciadas pelo crivo da moralidade.

Nesta mesma linha, conforme aponta Pablo Ornelas Rosa16, as primeiras medidas proibitivas adotadas pelos Estados Unidos da América na segunda metade do século XIX, foram fundadas em conotações xenófobas e repressivas. Ainda segundo Rosa, esta política era direcionada ao combate ao ópio era amplamente utilizado por imigrantes chineses.

16 ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014.

15 CALVETE, Cássio da Silva; SOUZA, Taciana Santos. História e formação do mercado das drogas. Revista de Economia, v.41, n. 76, p. 401-429, Universidade Federal do Paraná, 2020.

14 ESCOHOTADO, Antônio. História General de Las Drogas. 3. ed. rev.aum. Madri: Alianza, 1995. 3 v

13 RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

9[...] possível constatar a conotação explicitamente racista, xenófoba e repressiva, que provavelmente tem sua procedência no Decreto de Expulsão de Chineses de 1882. Esta lei procurou não somente estigmatizar, mas também criminalizar os chineses que naquele momento eram considerados os grandes consumidores de ópio, tratados, a partir daquele episódio da história, como agressores da cultura e da moral estadunidense. (ROSA, 2014, p. 283)

Já no século XX, as políticas repressivas atinentes ao controle das drogas são munidas de um caráter belicista, principalmente quando da realização da Convenção Única sobre Entorpecentes da ONU em 1961 onde foram fincadas as bases legais da política internacional de guerra às drogas.

Neste sentido, conforme aponta Pilati 17, embora já houvesse uma política de drogas pautada pelo proibicionismo, um marco repressivo foi o governo de Richard Nixon que em 1971 pronunciou-se à população declarando que as drogas eram o inimigo número um dos Estados Unidos da América, declarando o início a uma verdadeira corrida antidrogas.

Neste sentido, atualmente, a temática abordada é regulamentada em sede internacional a partir dos seguintes acordos internacionais: A Convenção Única da ONU sobre Entorpecentes de 1961, a Convenção da ONU sobre Substâncias Psicotrópicas de

1971 e a Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, os quais preveem medidas para a erradicação do tráfico sob a ótica proibicionista.

2.1. O PROIBICIONISMO NO BRASIL E A LEI 11.343/2006

Neste aspecto, é importante compreender a construção do modelo de combate às drogas adotado no Brasil, notadamente a ótica da legislação proibicionista (Lei 11.343/06) que orienta o judiciário e os demais poderes.

No Brasil, há registros de medidas proibitivas, ainda que esparsas, desde a época colonial. Conforme aponta Salo de Carvalho, a incriminação do porte, do comércio ou do uso de determinadas substâncias tóxicas aparecem já nas Ordenações Filipinas no século XVII.18

18 CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

17 PILATI, Rachel Cardoso. Direito Penal Do Inimigo E Política Criminal De Drogas No Brasil: Discussão De Modelos Alternativos. 2011. 164 f. (Dissertação) Universidade Federal de Santa Catarina.

10

No início do século XX, sob influência internacional, que discutia a regulamentação do consumo e comércio do ópio, o Brasil adotou medidas restritivas com o escopo de impedir o uso indiscriminado do ópio e seus derivados, bem como outras substâncias químicas e orgânicas, através do Decreto nº 11.481, aprovado em 1915.19

Contudo, somente na década seguinte, é que foi editado pelo então presidente Epitácio Pessoa um decreto que estabeleceu medidas específicas relacionadas ao comércio de drogas, indicando as penalidades e procedimentos.20

Embora o Código Penal Republicano já tivesse disposição expressa acerca da proibição de determinadas substâncias tóxicas, Maria Lúcia Karam,21 aponta que a criminalização de condutas como a produção, distribuição e consumo de drogas que tornaram-se ilícitas de fato somente ocorreu com o advento das leis penais de 1932, que através do artigo 25, estabeleceu as condutas que configurariam tráfico de drogas instituindo penas privativas de liberdade de uma a cinco anos e multa.

Em seguida, houve a sistematização destas sanções a partir da edição do Código Penal de 194022, sob a ditadura do Estado Novo, prevendo a criminalização do tráfico e também da posse de substâncias entorpecentes.

Verifica-se que, em consonância às experiências internacionais, notadamente norte americana, observa-se que as origens proibicionistas brasileiras se dão em razão de questões não científicas. Nesta linha, inclusive, Moraes (2023) destaca que a proibição da maconha no Brasil, de forma similar aos Estados Unidos, no início do século XX, se deu baseada em questões morais.

A Lei 6.368/76, conhecida por Lei de Tóxicos23, estabeleceu medidas rigorosas para o controle e a repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes, além de prever tratamentos para dependentes químicos.

23 BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 out. 1976.

22 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro,

RJ. Seção 1, p. 23911. Coleção de Leis do Brasil - 194 0, Página 187 Vol.7.
21 KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013
20BRASIL. Decreto nº 4.294, de 06 de julho de 1921. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 13407.
19BRASIL. Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915. Promulga a Convenção Internacional do Ópio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assinados na Haya. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 3597.
11
Sob a vigência desta lei, o uso ou porte de drogas para consumo pessoal era considerado um delito penal, de modo que previa pena de detenção de 6 meses a dois anos. E, por sua vez, impunha penas significativamente mais severas ao delito de tráfico de drogas, de modo que os traficantes estavam sujeitos a penas mais longas que iam de 3 a 15 anos de reclusão, além de condenação ao pagamento de multas, cujo valor variava conforme o caso específico.
Por fim, no ano de 2006 foi configurada a atual Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), que buscando compatibilizar as disposições normativas que a antecedem, prescreveu medidas que preveem a reinserção social dos usuários/dependentes químicos, bem como medidas preventivas voltadas para o controle do uso indiscriminado destas substâncias.
Outro aspecto da referida lei, é que ela traz em seu bojo um avanço no que diz respeito ao reconhecimento da diferença entre o usuário e o traficante, que doravante passaram a ser enquadrados em dispositivos diferentes.
A nova lei de drogas retirou a pena de prisão da posse de drogas para consumo próprio, porém, manteve a sua utilização como crime. O artigo 28 da referida lei, define como usuário aquele que ?adquire, guarda, tem depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar?.24
Neste caso, são previstos 3 (três) tipos sancionatórios (1) a advertência sobre os efeitos das drogas pelo juiz, (2) a prestação de serviços à comunidade num prazo máximo de 5 (cinco) anos que pode ser elevado para 10 (dez) em caso de reincidência, e, por fim, (3) a obrigatoriedade de frequentar um curso educativo sobre as drogas.
Por sua vez, a comercialização destas substâncias continua sendo tipificada como crime, possuindo uma pena máxima de 15 (quinze) anos. Esta previsão está disposta no artigo 33 da Lei de Drogas que caracteriza o traficante aquele que ?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.?25
25 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.
24 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.
12
Portanto, verifica-se que embora a legislação tenha buscado tratar o fenômeno do controle das drogas a partir de uma lógica mais humana ao retirar a privação da

liberdade para os usuários, tem causado efeito diverso daquele pretendido, tendo em vista que tem contribuído fundamentalmente com o aumento do sistema carcerário brasileiro.26

Neste mesmo sentido, argumenta Marcelo Caetano Bittencourt Pizzani Ribeiro de Andrade:

Em face do exposto no presente artigo, portanto, é inegável que o crescimento exponencial do aprisionamento no Brasil guarda estreita relação com a maneira que os atores do sistema de justiça criminal costumam aplicar os dispositivos sancionadores trazidos pela Lei nº 11.343/2006. (ANDRADE, 2023, p.13)

Portanto, além de não proteger a tutela da saúde coletiva, conforme proposto, o encarceramento causado com a sua aplicação tem desrespeitado constantemente a premissa constitucional da dignidade da pessoa humana.

2.2. A PROBLEMÁTICA DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS: COMO DISTINGUIR USUÁRIO DE TRAFICANTE?

Como dito no tópico anterior, em substituição a Lei 6.368/76, a legislação brasileira sobre drogas foi disciplinada pela Lei 11.343/2006 e trouxe em seu bojo, dentre outras alterações, uma inovação: distinção entre usuário e traficante. Com isto, a nova lei de drogas, introduziu mudanças substanciais no tratamento dispensado aos usuários e aos traficantes de drogas de modo que, enquanto impõe ao usuário um tratamento mais sutil, por considerar delito de ínfimo potencial ofensivo, passa a tratar o traficante de drogas com mais severidade.

O artigo 33 da lei de drogas define como traficante aquele que ?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?, impondo uma pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

26 BASÍLIO, Adriene Jayme. A Guerra Contra As Drogas E A Superlotação Carcerária No Brasil. 2022. 62 f. Monografia. Pontifícia Universidade Católica De Goiás, Goiás, 2022.

13

Por sua vez, a definição de usuário pode ser extraída da leitura do artigo 28 da lei de drogas, a qual dispõe que o usuário é aquele que ?adquire, guarda, tem depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar?.

Contudo, da redação do § 2 do mesmo artigo, verifica-se que cabe ao julgador avaliar se a droga encontrada com o indivíduo se destinava ao uso pessoal, e que, para tanto, deverá levar em consideração aspectos como 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.

Assim prevê o artigo 28 da lei 11.343/2006.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer 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. (BRASIL, 2006)
Da leitura do artigo supramencionado verifica-se que não há um parâmetro preciso de gramatura ou outra medida que permita quantificar o que diferencia o porte de droga para consumo pessoal do tráfico de drogas e sim, critérios pouco objetivos.
Ocorre que, diante do marcante perfil punitivista dos agentes de segurança pública, desde os policiais que apreendem o indivíduo aos magistrados responsáveis pelo julgamento, ficar a critério da subjetividade do julgador quais são os fatores para diferenciar a condição de usuário para traficante é abrir margem para a discricionariedade.
Neste mesmo sentido, assim argumenta Luciana Boiteux 27.
Assim, o sistema brasileiro de controle de drogas atua de forma seletiva e autoritária, pois não limita o poder punitivo, pelo contrário, deixa de estabelecer limites e contornos diferenciadores exatos para as figuras do usuário, do pequeno, médio e grande traficante, e atribui às autoridades, no caso concreto, ampla margem de discricionariedade, o que acarreta uma aplicação injusta da lei. (BOITEUX, 2014, p. 92)
Neste aspecto, embora a lei preceitue que caberá ao juiz, baseado nas circunstâncias da prisão, diferenciar o usuário do traficante, na prática o que se vê é que
27 BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), 2014. p. 92.
14
esta distinção tem início desde a abordagem da polícia que, geralmente, é a única testemunha do fato, e, tendo em vista que sua palavra goza de presunção de veracidade e de presunção de legitimidade28, é peça fundamental na justificativa para as prisões.29
Neste sentido, Alex Agra Ramos30, chama atenção para o caráter racista e discriminatório do sistema de segurança pública no sentido de que o verdadeiro critério na distinção entre o traficante e o jovem usuário consiste na discriminação.
A diferença entre um traficante e um jovem é dada pelo critério racial e com ele, a diferença entre a vida matável e a vida ser preservada. O crime a ser combatido pouco importa, porque não se combate o crime, se combate aquele que é identificado como criminoso, se combate o inimigo. (RAMOS, p. 269, 2020)
Neste sentido, é importante que seja determinado um parâmetro mais objetivo capaz de distinguir consumo pessoal do tráfico de drogas, tendo em vista que, embora este critério não seja o único e determinante, conforme argumenta Alexandre de Moraes (2023), ?a ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes?.
Portanto, a ausência de um critério mais objetivo, que estabeleça uma quantidade

de droga que sirva de parâmetro para o juiz analisar a prisão, tem se mostrado um grave problema de segurança pública, e tem contribuído fundamentalmente com a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, conforme será demonstrado nos capítulos subsequentes.

Neste sentido, Boiteux 31 aduz que:

[...] A atual política criminal de drogas no Brasil é um dos fatores que mais contribuíram para o agravamento da população carcerária. (Boiteux, 2006, p. 233)

Sendo assim, não restam dúvidas que a crise no sistema penitenciário brasileiro foi agravada pela política proibicionista, a qual se manifesta de diversas formas.

31 RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

30 RAMOS, Alex Agra. Dispositivo autocrático de segurança: violência policial e dominação burguesa no Brasil. Salvador, 2020.

29 DE MELO, Michel Cícero M. Acórdãos, Objetos e Territórios: Tráfico de drogas e associação para o tráfico nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 2020. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.

28 Acórdão 1242191, 00011028220198070014, Relator: SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, Segunda Turma Criminal, data de julgamento: 2/4/2020, publicado no PJe: 23/4/2020.

15

Portanto, a abordagem punitiva tem se mostrado ineficaz na redução do tráfico de drogas, enquanto perpetua um ciclo de criminalidade e marginalização. 32

3. ANÁLISE DOCUMENTAL DO SISDEPEN: IMPACTO DA LEI DE DROGAS PARA A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.

A política de combate às drogas adotada no Brasil é regida pela Lei nº 11.343/2006, a qual manteve criminalização do usuário sob o pretexto da prevenção ao uso indiscriminado e garantia do tratamento dos dependentes, com vistas a reinseri-los na sociedade, mas na prática o que se demonstra com a aplicação da referida lei é que jamais a criminalização cumpriu com suas promessas.33

Ademais, da análise dos dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023), verifica-se que o encarceramento por crimes ligados a drogas deu um salto de aproximadamente 300% desde a promulgação da lei de drogas.

Conforme mencionado no capítulo anterior, a ausência de um critério objetivo para o procedimento de distinção entre o consumo próprio e o tráfico de drogas tem contribuído fundamentalmente com a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, pois, a condenação de usuários como se fossem traficantes ajuda a compreender um dos motivos que transformou o Brasil na terceira maior população prisional do planeta34.

Isto ocorre, pois, tal ausência, permite a atuação discricionária do por parte do sistema penal, principalmente quando é a polícia quem classifica a ação do indivíduo, e que em sua maioria será a única testemunha do fato, sendo peça chave para toda a persecução penal.

Portanto, a partir de um estudo descritivo documental da análise dos dados, levantamentos e estatísticas penitenciárias realizados pelo Sistema de Informações do

Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ferramenta utilizada pela Secretaria Nacional de Políticas penais para coletar informações padronizadas e realizar um eficaz mapeamento do sistema penitenciário no Brasil, foi possível analisar o contingente de prisões em razão da lei de drogas.

34 World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research (ICPR), em Birkbeck, Universidade de Londres.

33 PILATI, Rachel Cardoso. Direito penal do inimigo e política criminal de drogas no brasil: discussão de modelos alternativos. 2011. 164 f. Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal De Santa Catarina.

32 WACQUANT, Loïc. As Prisões da Miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

16

3.1. POPULAÇÃO CARCERÁRIA ANTES E DEPOIS DA LEI DE DROGAS.

A Lei 11.343/2006, foi publicada em 24 de agosto de 2006, entrando em vigor a partir do dia 08 de outubro de 2006, revogando expressamente em seu artigo 75, as leis anteriores.

Art. 75. Revogam-se a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. (BRASIL, 2006) 35

Neste sentido, conforme demonstrado anteriormente, a nova lei de drogas trouxe circunstanciais mudanças às legislações anteriores.

Segundo dados extraídos através do último relatório da Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), o Brasil alcançou no segundo semestre de 2023 a marca de 857.999 pessoas em situação de cumprimento de pena, sendo 656.811 em celas físicas (sistema penitenciário e outras carceragens) bem como 201.188 pessoas em prisão domiciliar (com ou sem monitoramento eletrônico) somente no âmbito estadual.36

Por sua vez, no âmbito federal, verifica-se que a população em cumprimento de pena (sistema penitenciário e outras carceragens) consiste em 12.265 pessoas em celas físicas.

É importante ser observado que desde que passou a viger a lei de drogas em 2006, a população carcerária brasileira mais que dobrou, tendo em vista que no ano anterior, sob vigência da Lei nº 6.368/1976 a população carcerária consistia em 401.236 pessoas encarceradas. Ou seja, houve um considerável aumento de 456.763 pessoas privadas de sua liberdade.

Naturalmente, não se pode imputar este aumento considerável unicamente à nova Lei de Drogas, tendo em vista a existência das mais variadas condutas tipificadas no Código Penal. Contudo, não se pode ignorar a sua decisiva influência para a superlotação do sistema carcerário.

Neste sentido, a análise simples dos dados acima mencionados acerca da evolução da população carcerária brasileira entre o período de 2005 a 2023, é um tanto

36 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf

35 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.

17

quanto abstrata. Sendo assim, é importante observar a evolução das prisões especificamente por crimes relacionados à Lei de Drogas.

No 15º ciclo de coleta levantado pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), referente ao segundo semestre de 2023, verifica-se que pelo menos o contingente de 199.731 pessoas respondem por crimes relacionados a Lei de Drogas, sendo que destas, 168.021 respondem pelo crime de Tráfico de Drogas previsto no artigo 33, 25.529 pessoas foram enquadradas no crime de Associação ao Tráfico tipificado no artigo 35, bem como 6.181 pelo crime de Tráfico internacional de drogas previsto no artigo 40 da mesma lei.

Por sua vez, no ano de 2005, ano que antecede o início da vigência da nova lei de drogas, havia no brasil cerca de 31.520 presos pelo crime de Tráfico de entorpecentes e 1.360 pessoas presas pelo crime de tráficos internacional de entorpecentes, totalizando um total de 32.880 pessoas encarceradas37 em razão da aplicação da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.

Fonte: 15º Ciclo Sisdepen (2º semestre de 2023)

Neste sentido, podemos observar que houve um aumento de pelo menos 166.851 pessoas respondendo por crimes relacionados ao envolvimento com drogas ilícitas, o

37 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? InfoPen. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2005.pdf

18

equivalente a 507%. Verifica-se ainda que, até 2006, os presos por crimes relacionados às drogas correspondiam a aproximadamente 8% da população carcerária brasileira, ocorre que, hodiernamente, este percentual consiste em aproximadamente 25%.38

Portanto, é evidente que a aplicação da Lei 11.343/06 contribuiu de forma significativa para o aumento da população carcerária brasileira, uma vez que a falta de critérios quantitativos claros para diferenciar usuários de traficantes cedeu margem para uma atuação discricionária por parte da polícia e do judiciário, resultando em interpretações subjetivas, o que levou ao encarceramento em massa de usuários como se traficante fossem.

3.2 VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO POLICIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

Conforme exposto nos tópicos anteriores, o parágrafo 2º do artigo 28 da Lei de Drogas, concede margem de discricionariedade ao julgador para, após avaliação de caso concreto, definir se o entorpecente apreendido seria destinado ao uso pessoal ou pra fins de tráfico de drogas, principalmente, em razão da ausência de critérios objetivos que sirvam de parâmetro para que se constate esta diferença, tais como o estabelecimento de gramatura ou outra medida que possibilite a quantificação da droga.

Neste aspecto, conforme aponta o Relatório desenvolvido pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania CESeC (Relatório Um Tiro no Pé, 2021), diante do marcante perfil punitivista dos agentes de segurança pública, desde os policiais que apreendem o indivíduo aos magistrados responsáveis pelo julgamento, ficar a critério da subjetividade do julgador quais são os fatores quantitativos para diferenciar a condição

de usuário para traficante é abrir margem para a discricionariedade.
Ocorre que, esta discricionariedade não tem início quando do julgamento pelo magistrado competente, mas, na verdade, ela ocorre desde a apreensão pela autoridade policial que, conforme a seguir será demonstrado, tem papel determinante quanto a formação da decisão do juízo.
38 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf
19
Conforme Inácio e Bueno, não é plausível que o depoimento de um policial, assim como qualquer outra prova testemunhal de forma isolada, seja considerada prova satisfatória e suficiente para embasar a convicção do juízo para uma eventual condenação, tendo em vista que ?além de não ser neutra ou imparcial, ainda possui o agravante da possibilidade de distorção dos fatos de forma intencional?39.
Ocorre que geralmente os processos que envolvem a Lei de Drogas surgem em decorrência de prisões em flagrante efetuadas pelas autoridades policiais motivo pelo qual, nestes casos é o policial quem poderá narrar as circunstâncias da prisão, informar as características do local de abordagem e afirmar com quem estava a droga.
Portanto, conforme aduz Maria Goete40, o magistrado somente terá o contato com o fato objeto de investigação a partir da perspectiva da autoridade policial que realizou a abordagem e realizou a prisão, momento em que classifica a infração penal, de modo que a palavra do policial tem função determinante na formação do convencimento do magistrado.
Sob essa mesma linha argumentativa, argumenta Boiteux (2014):
Com tais critérios extremamente vagos, e de difícil aplicação, a distinção no caso concreto acaba sendo feita pela primeira autoridade que tem contato com o acusado, prevalecendo a visão subjetiva desta, sendo excessivamente ampla a discricionariedade concedida ao policial. (BOITEUX, 2014, p. 90)
Neste sentido, Luis Carlos Valois41, após análise de inquéritos policiais relacionados aos crimes da lei de drogas, nas capitais de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e também no Distrito Federal, argumenta que 74% das prisões em flagrante pelo crime de tráfico de drogas (Art. 33 da Lei 11.343/06) tem como testemunhas apenas os policiais que realizaram a abordagem.
Para consubstanciar a pesquisa acima mencionada, faz-se mister destacar pesquisa similar realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da Universidade de São Paulo (USP), através de estudo denominado ?Prisão Provisória e Lei de Drogas ? Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo?.
Da análise da pesquisa do NEV, verifica-se que chegou-se a percentual equivalente ao exposto por Valois, qual seja, em 74% das prisões em flagrante em razão
41 VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, p. 493, 2021.
40 JESUS, Maria Gorete Marques de. ?O Que Está no Mundo não Está nos Autos?: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. São Paulo: Tese (Doutorado em Sociologia) ? Universidade de São Paulo, 2015.
39 Mariana Secorun Inácio e Marina Manzoni Bueno, Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP.

Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021, p. 24.
20
da lei drogas, a testemunha é apenas o policial que realizou o flagrante, acrescentando ainda que, por sua vez, em 26% dos dos casos as testemunhas são a própria autoridade policial mais testemunha civil.
Ademais, o estudo mencionado evidencia ainda que 91% destes processos cuja única prova é o testemunho policial terminam com a condenação do réu pelo crime de tráfico de drogas.
Noutro aspecto, é importante trazer à lume também o levantamento realizado pela Agência Pública, o qual evidencia que nos processos cuja apreensão de droga foi até 10 gramas, em aproximadamente 84% dos casos a única prova considerada irrefutável foram os depoimentos dos policiais que realizaram a apreensão.42
Ainda de acordo com este levantamento, verifica-se das decisões analisadas que nos processos cuja única testemunha são os policiais, houve o percentual de 59% de condenações ao passo que quando houveram testemunhas civis este percentual foi reduzido para 44 %.
Esta diferença também fica demonstrada no que diz respeito ao índice de absolvição, tendo em vista que quando houveram testemunhas civis o índice de absolvição consistiu no percentual de 21 %, ao passo que quando as testemunhas foram apenas policiais o índice de absolvição caiu para apenas 14 %.
Nesta senda, Alba Zaluar 43 afirma que o poder policial e judiciário tem-se posicionado na verdade numa caça aos usuários, e não aos grandes traficantes.

> [...] seria melhor se as forças de polícia não fossem empregadas para caçar os consumidores de droga ou os pequenos negociantes, e atribuíssem muito mais seus recursos à repressão de grandes traficantes e de lavadores do dinheiro sujo (ZALUAR, 2007, p. 03).

Portanto, ante todo o exposto, a ausência de critérios objetivos que diferenciem as condutas previstas no art. 28 e no art. 33 da Lei 11.343/06, tem permitido que a palavra dos policiais tenha o papel mais importante nos processos desta natureza, de modo que no fim das contas é quem efetivamente tipifica a conduta praticada pelo sujeito no delito de tráfico de drogas.44
44 Mariana Secorun Inácio e Marina Manzoni Bueno, Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021.
43 ALBA ZALUAR. Democratização Inacabada: Fracasso da Segurança Pública, 2007.
42 DOMENICI, Thiago e BARCELOS, Iuri. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. Disponível em: Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo - Agência Pública. Acesso em: 22/04/2024.
21

4. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POLÍTICA DE DROGAS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RE 635.659.

O Supremo Tribunal Federal (STF), representa a instância superior do Poder Judiciário brasileiro, desempenhando uma função primordial na salvaguarda da ordem jurídica e na preservação dos preceitos estabelecidos na Constituição Federal.
Sendo assim, como órgão guardião da Carta Magna, compete-lhe a missão

precípua de assegurar a conformidade das leis e atos normativos infraconstitucionais com os ditames constitucionais, consubstanciando-se, portanto, como o bastião máximo da legalidade e da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro.
Assim, dispõe o caput do artigo 102 da Constituição de 1988:
Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
Neste sentido, conforme delineado nos capítulos anteriores, a aplicação da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) tem causado uma série de problemas no âmbito da segurança pública, sobretudo porque tem contribuído significativamente para a superlotação das prisões no Brasil, uma vez que parcela considerável da população carcerária encontra-se detida pela incidência no crime de tráfico de drogas, fato que quem tem agravado as condições já precárias do sistema prisional nacional.
Diante desta problemática, através do julgamento do Recurso Extraordinário (635.659), avalia-se a consonância, ou não, do artigo 28 da Lei 11.343/2006, que trata do porte de drogas para uso pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada sob pena de violação ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.
Este julgamento tem atraído significativa atenção devido às suas implicações na política de drogas, direitos individuais e segurança pública.
Para compreender o julgamento em sua integralidade, necessário se fez analisar os autos mediante acesso ao Supremo Tribunal Federal.
Defende-se a importância dessa metodologia de busca, pois ela facilita o acesso às informações essenciais para o entendimento e o acompanhamento desse julgamento, já que permite a localização mais precisa de documentos, incluindo decisões, acórdãos, votos dos ministros, despachos e pareceres.
Neste sentido, foi adotado esse meio de pesquisa também em razão da sua confiabilidade, pois, o site do STF é atualizado constantemente para refletir os últimos
22
acontecimentos e decisões relacionados ao RE 635659. Esta atualização contínua assegura que as informações disponíveis são sempre as mais recentes, permitindo que os usuários se mantenham informados sobre o progresso e os desdobramentos do caso.
Portanto este suporte de busca permite uma análise detalhada dos argumentos apresentados, das fundamentações jurídicas e das interpretações dos ministros.
4.1. PERCURSO METODOLÓGICO EMPREGADO PARA ANÁLISE DO JULGAMENTO
Para obter os resultados pretendidos, quais sejam, as informações preliminares, partes e decisões no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, necessário se fez adentrar ao sítio eletrônico do Supremo, mediante acesso ao link
https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145.
Em seguida, ao clicar na aba ?Processos? e digitar o número do processo originário (0018946-13.2009.8.26.0161), ou clicar na aba ?Repercussão Geral? e colocar o número do tema, neste caso o 506, somos imediatamente direcionados a página onde temos acesso a todas as informações necessárias para o desenvolvimento deste trabalho.

A partir do acesso ao sítio eletrônico mencionado, podemos ter acesso às publicações durante o julgamento mediante acesso ao ?Diário da Justiça Eletrônico (Dje)?, a ?Jurisprudência? (reconhecimento da repercussão geral, publicada em 09/03/2012), bem como ao leading case que nos fornece as informações gerais do processo, e, por fim acesso às peças processuais, tais como pedidos de ingresso como Amicus Curiae, sustentação oral etc, bem como acesso ao despachos e decisões prolatadas, mediante acesso a aba ?Peças?.

Por sua vez, não foi possível obter acesso ao inteiro teor do votos de todos os ministros, uma vez que alguns votos ainda não foram disponibilizados. Neste sentido, buscando a íntegra/inteiro teor dos votos dos ministros, tendo em vista a escassez em outros meios de pesquisa, necessário se fez entrar em contato, através de e-mail, com a Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do Supremo Tribunal Federal, setor responsável pelas pesquisas judiciárias no âmbito do supremo.

Neste momento, obtive o seguinte esclarecimento: ?Informamos que o referido julgamento ainda não foi finalizado, conforme o andamento processual, o julgamento foi suspenso por motivo de pedido de vista, e os ministros que votaram, ainda não
23
disponibilizaram seus votos. Sendo assim, só conseguimos disponibilizar os votos, no final do julgamento, com a publicação do referido acórdão."

Diante disso, obtive acesso tão somente ao inteiro teor dos votos do ministros Alexandre de Moraes, do relator Gilmar Mendes, Luis Roberto Barroso, e do Fachin, não foi possível ter acesso ao inteiro teor de todos os ministros, motivo pelo qual se fez necessário buscar fontes jornalísticas confiáveis, bem como ouvir os votos disponibilizados em plataformas de audiovisual, tais como o canal oficial do Supremo Tribunal Federal no YouTube.

4.2. DESCRIÇÃO DO JULGAMENTO

O referido julgamento foi iniciado após a interposição de recurso em favor de um condenado por porte de 3g (gramas) de cannabis sativa (maconha) que o Recorrente alegava ser para consumo próprio. Ocorre que, diante da condenação, a Defensoria Pública do estado de São Paulo interpôs recurso sob a alegação da inconstitucionalidade do art. 28, em face da violação do art. 5º, X, da Constituição Federal.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988)

Assim, no decorrer do julgamento, explicou o ministro relator Gilmar Mendes45:

No caso em análise, o art. 28 é impugnado sob o enfoque de sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. Não se funda o recurso na natureza em si das medidas previstas no referido artigo, mas, essencialmente, na vedação constitucional à criminalização de condutas que diriam respeito, tão somente, à esfera pessoal

do agente incriminado. (2015, p. 3 e 40)

Em dezembro de 2011, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a existência de repercussão geral na questão em debate sobre a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas (STF, 2011), motivo pelo qual o Ministro Gilmar Mendes, sorteado relator do caso, destacou a relevância social do tema

45 MENDES, Gilmar Ferreira. RE 63659/SP. Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes proferido em 20/08/2015.

24

e defendeu a importância da Corte se manifestar para pacificar a questão da possibilidade de descriminalização do porte de drogas para consumo próprio.

O julgamento teve início no Plenário do Supremo Tribunal Federal em 19 de agosto de 2015, e foi suspenso em setembro do mesmo ano após o pedido de vista do Ministro Teori Zavascki.

FICHA TÉCNICA LEADING CASE INSTÂNCIA RELATOR PROC.
ORIGINÁRIO
RECURSO
EXTRAORDINÁRIO
635.659
STF GILMAR
MENDES
0018946-13.2009.8.
26.0161
TRAMITAÇÃO PROTOCOLO
DA AÇÃO
RECONHECIMENTO DA
REP. GERAL (TEMA 506)
STATUS ATUAL
22/02/2011 09/12/2011 EM JULGAMENTO

Fonte: Supremo Tribunal Federal.

Após o falecimento do Ministro Teori Zavascki, o processo foi redistribuído, e novos debates surgiram, especialmente com a mudança de composição do STF. E, desde então, dos 11 (onze) ministros que compõem a Suprema Corte, votaram apenas 8 (oito). Dentre estes, os ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Rosa Weber votaram de forma favorável ao afastamento da criminalização do porte de maconha para consumo próprio. Por sua vez, os ministros Cristiano Zanin Martins, Kássio Nunes Marques e André Mendonça posicionaram-se de forma oposta.

Dessa forma, até o momento, o julgamento registra um placar de 5 a 3, com maioria de votos para afastar a criminalização do porte de maconha para consumo próprio. Contudo, o processo encontra-se suspenso após pedido de vistas do Ministro Dias Toffoli, para melhor análise, portanto, além de seu voto, ainda votarão os ministros Luiz Fux e Cármen Lúcia.

Conforme supracitado, o tema em julgamento trata da constitucionalidade dos tipos penais do art. 28 da Lei 11.343/06, de modo que se discute a inexistência de

lesividade na conduta de porte de droga para consumo pessoal e o exercício da
25
autonomia privada, a qual é constitucionalmente protegida pelo direito à vida íntima, não havendo, portanto, qualquer ofensa à tutela da saúde pública.

Portanto, o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635.659, em andamento no Supremo Tribunal Federal (STF), representa um marco significativo na interpretação e aplicação da legislação brasileira referente ao porte de drogas para uso pessoal, e, sua decisão poderá ser um importante passo no caminho para amortização dos efeitos desta política que tem se demonstrado ineficaz em seus objetivos.

4.3. OS VOTOS DOS MINISTROS

Conforme já demonstrado, o Ministro Gilmar Mendes é o relator do julgamento ora analisado. Ainda em 2015, o ministro votou a favor da descriminalização do porte de qualquer tipo de droga desde que para consumo pessoal (STF, 2015).

O ministro iniciou sua abordagem, prestando esclarecimentos, sob a ótica do princípio da proporcionalidade, acerca dos crimes de perigo abstrato e as políticas regulatórias no contexto da Lei de Drogas, notadamente em relação ao usuário.

Em seu voto, Mendes destacou que não existem estudos suficientes ou incontroversos que demonstrem que a proibição é o meio mais eficaz no combate ao tráfico de drogas, enfatizando ainda que, em que pese tenha sido aplicada esta política de drogas, frequentemente chamada de "Guerra às Drogas", o tráfico tem aumentado consideravelmente nas últimas décadas.

O relator, destacou a importância de definir uma distinção precisa entre tráfico de drogas e posse para consumo pessoal, sob o argumento de que esta é crucial para o destino da pessoa abordada, tendo em vista que ela pode ser presa por até quinze anos, se condenada por tráfico, ou permanecer livre, sujeita apenas a medidas transitórias previstas no artigo 28, sem repercussões penais, se classificada como usuária.

O ministro demonstrou extrema preocupação quanto à seletividade do sistema penal, com indicações de tratamento mais rigoroso para pessoas em situação de vulnerabilidade, especialmente os viciados, tendo em vista que a interpretação subjetiva dos fatos pode levar a decisões arbitrárias.

?Da mesma forma, a percepção geral é de que o tratamento criminal aos usuários de drogas alcança, em geral, pessoas em situação de fragilidade econômica, com mais dificuldade em superar as consequências de um processo penal e reorganizar suas vidas depois desqualificados como criminosos por condutas que não vão além de mera lesão pessoal.
26
Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional.? (MENDES, STF, 2015)

Argumenta ainda, noutro aspecto, que o consumo de qualquer substância é uma decisão estritamente privada, e qualquer dano decorrente disso afeta principalmente a saúde do próprio usuário, motivo pelo qual proibir esse consumo é desrespeitar a decisão individual do ser de arriscar a própria saúde, afastando, portanto, a saúde

pública como bem jurídico tutelado.
Neste sentido, vota pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, afastando, portanto, qualquer efeito penal no dispositivo. Porém, mantendo as medidas administrativas até nova legislação específica.
?Tendo em conta os resultados retratados na pesquisa sobre práticas integrativas, há pouco noticiada, afigura-se que a aplicação, no que couber, das medidas previstas no referido artigo, sem qualquer efeito de natureza penal, mostra-se solução apropriada, em caráter transitório, ao cumprimento dos objetivos da política nacional de drogas, até que sobrevenha legislação específica.? (MENDES, STF 2015)
É importante destacar ainda que, no decorrer do julgamento, após o voto de Alexandre de Moraes, o ministro relator reajustou seu voto no sentido de descriminalizar tão somente o porte de maconha.
Em seguida, o ministro Edson Fachin também manifestou seu voto nos termos do relator, Gilmar Mendes, se alinhando ao pensamento de que o consumo de drogas deve ser considerado como fato da autodeterminação individual, de modo que tal consumo diz respeito à intimidade e privacidade do indivíduo (STF, 2015).
Fachin destaca ainda que, o caso em análise envolve especificamente o porte de maconha, e, que por prudência judicial, a decisão do Supremo Tribunal Federal de descriminalizar o porte de drogas para consumo pessoal deve ser limitada a essa substância.
O ministro Fachin faz questão de destacar que, sob a sua ótica, os critérios ou parâmetros objetivos para diferenciar o traficante do usuário deve ser fixado tão somente pelo Congresso Nacional.
Por sua vez, o ministro Luís Roberto Barroso, assim como Gilmar Mendes e Edson Fachin, também destacou que a medida implica que o Estado não tem autoridade para interferir ou punir o porte de drogas para consumo pessoal (STF, 2015).
27
Ocorre que, faz questão de frisar que tal medida não é equivalente à legalização do consumo de qualquer droga ilícita, nem mesmo a maconha, embora reconheça a inconsistência de descriminalizar o consumo enquanto a produção e distribuição de drogas continuam sendo crimes.
Barroso, demonstrando notória preocupação com o encarceramento gradativo da população brasileira, fez questão de ressaltar as implicações da criminalização do porte de pequenas quantidades de maconha para o elevado número de prisões no Brasil, especialmente entre jovens negros. Argumentando ainda que, é fundamental estabelecer uma quantidade específica para diferenciar o usuário do traficante.
Para a determinação do critério quantitativo na distinção entre usuário e traficante, o Ministro Luís Roberto Barroso, cita critérios adotados em outros países como exemplos a serem considerados. O Ministro esclarece que no Uruguai é adotado o critério de 40 gramas, na Espanha o critério de 100 gramas e, em Portugal, o qual considera uma experiência de sucesso, 25 gramas.
Diante disso, baseando-se nestes modelos, Barroso estabelece um critério quantitativo de 25g como o limite para presumir o portador como usuário,

argumentando que esta presunção é tão somente inicial, de modo que pode ser refutada pelo magistrado de acordo com as circunstâncias no caso concreto. Noutro aspecto, no que diz respeito ao cultivo de Cannabis para consumo próprio, o Ministro propõe um limite de até 6 plantas fêmeas.

Em sequência, o Ministro Alexandre de Moraes argumenta que a problemática na aplicação da lei diz respeito ao artigo 28 da Lei de Drogas, pois, em sua visão, tal disposição aumentou a discricionariedade tanto da autoridade policial quanto do Ministério Público e das autoridades judiciais.

Argumentou ainda que, com a nova lei, o que antes era classificado como usuário passou a ser rotulado como pequeno traficante, acarretando em penas mais severas, e superlotando o sistema carcerário.

Diante disso, o Moraes votou pela descriminalização do porte de maconha para uso pessoal, propondo que seja presumido usuário aquele que guarde, tenha, transporte ou traga consigo até 60 gramas de maconha, ou seis plantas fêmeas.

Argumentou com isto que essa presunção seria relativa, permitindo à autoridade policial considerar outros critérios que possam caracterizar o tráfico de entorpecentes, tais como, a forma de acondicionamento, a diversidade de entorpecentes encontrados

28

com a pessoa, e a apreensão de instrumentos, como balanças, cadernos de anotação e celulares.

Moraes esclarece ainda que estes critérios devem ser considerados durante a audiência de custódia, e, portanto, se o indivíduo estiver com quantidades inferiores às estabelecidas, a autoridade judicial deverá fundamentar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva com base em outros critérios que caracterizem o tráfico.

Por outro lado, se a quantidade encontrada for superior à presumida para uso pessoal, a autoridade judicial deverá permitir que o indivíduo comprove que se trata de um usuário e não de um traficante.

No seu voto, a Ministra Rosa Weber também seguiu o entendimento do ministro relator, manifestando seu voto no sentido da descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, ajustando sua posição para que o julgamento se aplicasse exclusivamente ao porte de maconha, argumentando estar plenamente convencida de que é mais apropriado restringir o julgamento apenas a essa substância.

Weber, argumentou que, durante suas visitas nas unidades prisionais brasileiras, como presidente do Conselho Nacional de Justiça, pôde observar de perto a gravidade da situação de tais unidades e que a política de drogas ora aplicada tem contribuído de forma contundente para o agravamento desta situação.

Noutro aspecto, argumentou ainda que o consumo estritamente pessoal de drogas representa um risco à saúde individual do usuário e, portanto, deve ser tratado no âmbito das políticas públicas de saúde e reinserção social, em vez de ser abordado predominantemente pelo aparato penal do Estado.

Ancorada nestes argumentos, a Ministra aderiu ao critério estabelecido pelo Ministro Alexandre de Moraes para diferenciar usuários de traficantes, que é de até 60 gramas de maconha para ser classificado como porte pessoal. Neste sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso, originalmente propondo um limite de 25 gramas, demonstrou

estar aberto a ajustar seu voto para se alinhar à maioria em relação à quantidade estabelecida.

O Ministro Cristiano Zanin Martins, primeiro a negar provimento ao Recurso, abriu a divergência no julgamento e votou contra a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343 sob o argumento de que isto poderia potencializar o problema do encarceramento, pois, sob a sua ótica, seriam removidos os únicos parâmetros legais disponíveis para distinguir entre o usuário e o traficante.

29

Neste sentido, o ministro votou pela constitucionalidade do referido artigo, notadamente chamando atenção pela manutenção do critério já existente no parágrafo 2º.

Contudo, em que pese tenha se posicionado de forma divergente, segue a maioria no no que diz respeito a quantidade de maconha a ser fixada como parâmetro orientador que sirva de limite para distinguir uso e tráfico, ou seja, 25 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, propondo a seguinte redação:

?1) É constitucional o artigo 28 da Lei 11.343.

2) Para além dos critérios estabelecidos no parágrafo 2º do artigo 28 da Lei 11.343 para diferenciar o usuário de maconha do traficante, o tribunal fixa, como parâmetro adicional, a quantia de 25 gramas ou seis plantas fêmeas para configuração de usuário da substância, com a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante fundamentação exauriente das autoridades".? (MARTINS, STF, 2023)

O Ministro André Mendonça adota uma posição cautelosa, argumentando que tal medida poderia ser interpretada como um aval para o consumo o que, potencialmente, acarretaria prejuízos à saúde pública.

Ademais, entende que a discussão sobre a descriminalização deve ocorrer dentro do poder legislativo, respeitando o devido processo democrático. Neste sentido, propõe que seja declarada a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas e seja estabelecido um prazo para o Congresso Nacional deliberar a temática e definir critérios objetivos para diferenciar o porte para consumo pessoal e para tráfico de drogas.

Noutro aspecto, propõe ainda que sejam caracterizados como usuários aqueles que portarem até 10g de maconha, o que acredita ser equivalente a 36 cigarros, até que o Congresso delibere sobre o assunto.

Por fim, o Ministro Kassio Nunes Marques, vota em posição alinhada com a visão de que a descriminalização do porte de maconha para uso pessoal deve ser uma decisão do Legislativo e não do Judiciário.

O Ministro destaca ainda que, em sua ótica, o consumo de drogas vai além do próprio usuário tendo em visto que afeta também a sociedade em geral e que, portanto, a manutenção da criminalização, conforme previsto no artigo 28, funciona como um fator inibitório tanto para o consumo quanto para o tráfico de entorpecentes.

Por fim, o ministro Dias Toffoli, pediu vista para examinar de forma mais minuciosa o processo antes de proferir seu voto e terá até 90 dias para explorar o

30

processo antes de devolvê-lo para Barroso. E, como supramencionado, após seu voto,

ainda votarão os ministros Luís Fux e Cármen Lúcia.

5. IMPACTO DO JULGAMENTO DO RE 635.659 NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

A descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal está a um passo de se tornar realidade no Brasil, uma vez que, conforme exposto no capítulo anterior, cinco ministros já proferiram votos favoráveis à medida, motivo pelo qual resta apenas mais um voto favorável para que se forme a maioria.

Diante da iminente decisão favorável à descriminalização do porte de maconha para uso pessoal no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, torna-se fundamental considerar as consequências do afastamento da incidência do Direito Penal nesse contexto específico e quais as potenciais consequências para a sociedade.

Neste sentido, em se confirmando a descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal, bem como estabelecido um critério objetivo quantitativo que sirva de parâmetro limite para qualificar o usuário ou o traficante, quais seriam os impactos desta decisão, notadamente no âmbito do sistema carcerário brasileiro?

Inicialmente, o primeiro impacto seria no âmbito do poder judiciário brasileiro, uma vez que as pessoas apreendidas com drogas, dentro dos limites estabelecidos pelo supremo, não seriam mais presas ou processadas como se traficante fossem, desde que ausentes os outros elementos que denotem tráfico, tais como balança de precisão, arma, munição, anotações contábeis referentes ao comércio de substâncias ilícitas e etc.

Diante disso, levando em consideração a média de crescimento do número de presos e processados em razão da Lei de Drogas desde 2006, a medida indica uma possível redução no número de processos judiciais em trâmite no judiciário, uma vez que, em sua maioria, são presos com pouca quantidade de drogas. Para consubstanciar isto, Marcelo Semer46 aponta que aproximadamente 50% dos encarcerados foram presos por estar na posse de menos de 100 gramas de maconha ou 50 gramas de cocaína.

Cumpre destacar, portanto, que a quantidade de drogas apreendidas tem sido fundamental no enquadramento do agente como usuário ou traficante.

46 SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019, p. 285-286.

31

Ocorre que, mesmo fixado um novo parâmetro, não se pode falar em soltura automática dos presos ou medidas similares, uma vez que a quantidade de substância não é o único critério para caracterizar alguém como traficante.

Sendo assim, os detentos serão potencialmente impactados pelo julgamento, pois, uma vez que tais critérios serão meramente orientadores, devem buscar a jurisdição para solicitar uma revisão criminal, na qual suas penas serão reavaliadas à luz dos novos parâmetros e das circunstâncias específicas de seus casos, momento em que será decidido pela reclassificação, ou não, da conduta para consumo pessoal.

Por sua vez, à médio prazo, o impacto desta decisão atingiria o sistema carcerário brasileiro, uma vez que, superada a adoção dos critérios subjetivos transferidos à estrutura do Poder Judiciário para definir o usuário e o traficante, os quais são fundamentados nas circunstâncias sociais e pessoais, localidade e condições em que se desenvolveu a ação, e adotados parâmetros quantitativos objetivos, evitando, assim,

que o subjetivismo das autoridades gerem decisões contraditórias, a tendência é uma redução da superlotação carcerária.

Para consubstanciar isso, faz-se mister sublinear a perspectiva apresentada pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) em conjunto com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos do Ministérios de Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP), em torno do julgamento do crime de tráfico de drogas no judiciário brasileiro.

Os cenários analisados pelo IPEA e SENAD/MJSP, tiveram como base os critérios sugeridos em nota técnica do Instituto Igarapé colacionado aos autos em 2015, a qual pugna pela urgência de estabelecimento de parâmetros objetivos na distinção entre traficante e usuário, a partir dos quais os agentes públicos possam avaliar de forma mais precisa e justa.

A nota técnica do Instituto Igarapé, pelos especialistas que a subscrevem, destaca ainda que parâmetros propostos, e, eventualmente adotados pelo Supremo, tem natureza de presunção relativa, uma vez que julgador pode, desde que de forma fundamentada, desconsiderar tais critérios se os demais critérios legais apontarem para a condição de traficância.

De acordo com a referida nota técnica, para adotar esses parâmetros, foram consideradas as experiências internacionais, os padrões nacionais de consumo de drogas e a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal.

32

CENÁRIO 1 CENÁRIO 2 CENÁRIO 3

25 gramas 40 gramas 100 gramas

6 plantas fêmeas 10 plantas fêmeas 20 plantas fêmeas

Fonte: Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA)

A definição por algum destes critérios para distinguir usuários e traficantes pode atingir de forma significativa os casos em andamento, potencialmente resultando na reclassificação de alguns indivíduos que anteriormente eram considerados traficantes como simples usuários de drogas. Inclusive, para além da definição de gramatura, destaca-se a importância de definição da quantidade de plantas para cultivo, para evitar possíveis erros que levem ao enquadramento no inciso II do §1º do art. 33.

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.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

[...]

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; (BRASIL, 2006)

De acordo com o resultado final da pesquisa do IPEA, se adotados os critérios

previstos no ?Cenário 1?, ou seja, gramatura no limite de 25 gramas ou 6 (seis) plantas fêmeas, conforme sugerido pelos ministros Cristiano Zanin Martins e Kássio Nunes Marques no durante o julgamento do RE 635.659, aproximadamente 27% dos presos condenados por tráfico de drogas, cuja a substância apreendida foi maconha, poderiam ter suas penas revistas para uma possível requalificação da condição de traficante para usuário.

33

Por sua vez, a adoção do critério proposto no ?Cenário 2?, o qual estipula o limite de 40 gramas de maconha ou 10 (dez) plantas fêmeas, poderia resultar na revisão das penas de aproximadamente 33% dos condenados. Em consonância a este cenário, os ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso propuseram um limite de 25 a 60 gramas, bem como o cultivo de até 6 plantas fêmeas, de modo que entre 27 e 40 % das penas podem ser revistas.

E, finalmente, se adotado o critério do ?Cenário 3?, cujo limite seria maior, na gramatura de 100 gramas de maconha ou 20 (vinte) plantas fêmeas, limite que chegou a ser proposto pelo ministro Luís Roberto Barroso, cerca de 48% dos condenados por tráfico poderiam ter suas penas revistas.

Vale destacar ainda que, o Ministro André Mendonça propôs o limite de até 10 gramas, o que, segundo Marcelo Semer, após denso estudo acerca do papel dos juízes no encarceramento47, representa aproximadamente 14% das prisões por porte de maconha.

Ademais, o estudo do Ipea, demonstra ainda que, para além da maconha, no caso da cocaína, pelo menos o percentual de 31% dos presos por tráfico poderia ter sua pena revista caso o Supremo fixasse um parâmetro de 10 gramas, bem como o percentual de 37% caso fosse fixado o limite de 15 gramas.

Sendo assim, o estudo projeta a possibilidade de reclassificar como porte para uso de drogas, aproximadamente, entre 27 e 48% das apreensões de cannabis e entre 31 e 37% das apreensões de cocaína.

Neste sentido, à luz do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, verifica-se que os critérios sugeridos pelos ministros estão, em sua maioria, em consonância aos critérios adotados pelo Ipea na realização de sua pesquisa.

Em tempo, é importante destacar ainda que o julgamento do Recurso Extraordinário 635.59 está em curso há aproximadamente 9 (nove) anos. E, esta morosidade na definição, pode ter contribuído para o aumento da população carcerária, conforme verifica-se dos dados extraídos através do SISDEPEN.

De acordo com os dados extraídos pelo SISDEPEN, observa-se no levantamento realizado no último semestre de 2014, ano que antecede o início do julgamento, que o Brasil tinha à época um contingente de 147.475 pessoas privadas de liberdade por crimes relacionados à lei de drogas.

47 SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019.

34

Ocorre que, diante da morosidade no julgamento, este contingente cresceu significativamente, alcançando a marca aproximada de 200.000 presos no segundo

semestre de 2023, conforme 15º ciclo de coleta levantado pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ou seja, um aumento de aproximadamente 35%.
Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN - 15º ciclo de coleta).
Sendo assim, destaca-se que, levando em consideração os cenários apresentados pelo Ipea, este aumento poderia ter sido evitado se o julgamento já houvesse sido definido. Portanto, conforme argumenta Alexandre de Moraes48, a fixação de critérios mais objetivos para a distinção entre traficantes e usuários levariam a diminuição da discricionariedade policial no momento da realização do flagrante e, posteriormente, a discricionariedade do Ministério Público no momento da denúncia e a judicial na tipificação final da conduta, o que, consequentemente reduziria o número das prisões em razão da lei de drogas.
48 DE MORAES, Alexandre. RE 63659/SP. Voto do Ministro Alexandre de Moraes proferido em 02/08/2023, p. 25-27.
35
CONSIDERAÇÕES FINAIS
Este trabalho buscou compreender os fundamentos da configuração da Lei 11.343/2006, bem como, ancorado em dados estatísticos, entender os reflexos da sua aplicação no sistema penitenciário brasileiro.
Para tanto, foi traçada uma perspectiva histórica acerca da utilização de substâncias psicoativas, bem como as origens da política proibicionista de drogas buscando entender suas causas e consequências. Sendo assim, foi possível vislumbrar que há milênios essa prática é utilizada pelas mais diversas culturas para os mais variados fins, sejam eles ritualísticos, religiosos ou de cunho pessoal.
Após isto, buscou-se compreender as raízes do proibicionismo no Brasil, momento em que observou-se que o proibicionismo foi alicerçado, notadamente por questões morais, econômicas e sociais, ou seja, embora criado sob o crivo da proteção da saúde pública, este argumento, na verdade, se mostra secundário.
Buscando compreender o impacto da Lei de Drogas no sistema carcerário brasileiro, foi realizada uma pesquisa do tipo documental com análise dos dados estatísticos do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN). Neste momento, através do levantamento realizado, observou-se que após o advento da lei de drogas, a população carcerária brasileira mais que dobrou, e, embora não se possa imputar este crescimento unicamente à Lei de Drogas, não se pode ignorar sua decisiva influência para que fossem atingidos estes números.
Conforme os dados levantados, o número de presos por crimes relacionados a drogas no Brasil sob a vigência da Lei nº 6.368/76 consistia no montante de 32.880 até o fim de 2005. Por sua vez, com o advento da Lei nº 11.343/06, Lei de Drogas em vigor, este número atingiu o contingente de 199.731 presos, portanto, verificamos um aumento de pelo menos 166.851 pessoas privadas de liberdade em razão desta lei, ou seja, um impactante aumento no percentual de aproximadamente 507%.
Por fim, foi analisado o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (Tema 506), buscando compreender os possíveis impactos da eminente decisão pelo Supremo

Tribunal Federal que, descriminalizando ou não o porte para consumo pessoal da maconha, fixará um critério objetivo que servirá de parâmetro para auxiliar no julgamento dos crimes relacionados a drogas.

Conforme exposto, os critérios sugeridos pelos ministros variam do limite mais conservador de apenas 10 gramas de cannabis, para a gramatura mais liberal de 100

36

gramas, destacando ainda que, em sua maioria, os ministros sugeriram que seja fixado o parâmetro de 25 gramas ou 6 plantas fêmeas para cultivo.

Assim, após análise dos estudos realizadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) em conjunto com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos do Ministérios de Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP), foi possível chegar a conclusão de que se estabelecido um critério de 25 gramas de maconha ou 6 plantas fêmeas 27% dos presos por porte de maconha poderão ter suas penas revistas, se fixado um parâmetro de 40 gramas ou 10 plantas fêmeas este percentual seria de pelo menos 33%, e, por, fim, se fixado o parâmetro de 100 gramas, cerca de 48% dos presos poderiam pedir revisão criminal e ter suas penas revistas.

Conclui-se, portanto, que ante todo o exposto no decorrer deste trabalho, a Lei 11.343/06, teve papel decisivo no aumento da população carcerária brasileira. Principalmente porque, a ausência de critérios quantitativos claros para distinguir o usuário do traficante deixou lacunas legais que permitiram a atuação discricionária do poder público, notadamente pelos policiais e juízes.

A decisão do Supremo Tribunal em estabelecer um parâmetro objetivo para distinguir entre usuários e traficantes de drogas é uma medida importante, ainda que não resolva de imediato a problemática da superlotação carcerária. No entanto, essa decisão tem o potencial de conter o crescimento exponencial da população prisional, o que, por sua vez, poderá contribuir para a redução da superlotação ao longo do tempo.

37

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Marcelo Caetano Bittencourt Pizzani Ribeiro. Análise Crítica dos Impactos da Lei 11.343/06 nos Rumos do Encarceramento no Brasil. Fortaleza/CE, Vol. 11, Edição 231, 2023. Disponível em: http://dx.doi.org/10.35265/2236-6717-231-12510. Acesso em 23 jun. 2024

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659. Tema: Repercussão Geral 506. Recorrente: Francisco Benedito De Souza. Recorrido: Ministério Público Do Estado De São Paulo. Relator: Gilmar Mendes. Órgão De Origem: TJSP - 1º Colégio Recursal - Central São Paulo. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145. Acesso em 12 mai. 2024.

_____. Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915. Promulga a Convenção Internacional do Ópio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assinados na Haya. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 3597. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D11481.html. Acesso em: 16 jun. 2024

_____. Decreto nº 4.294, de 06 de julho de 1921. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 13407. Disponível em:https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-publicacaooriginal-92525-pl.html. Acesso em 16 jun. 2024

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 23911. Coleção de Leis do Brasil - 194 0, Página 187 Vol.7. 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: 14 jun. 2024

_____. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 out. 1976. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6368-21-outubro-1976-357249-norma-pl.html. Acesso em: 10 mai. 2024

_____. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2

BASILIO, Adriene Jayme. A Guerra Contra As Drogas E A Superlotação Carcerária No Brasil. 2022. 62 f. Monografia. Pontifícia Universidade Católica De Goiás, Goiás, 2022.

BLOCK, Walter. Drug prohibition: a legal and economic analysis. Journal of Business Ethics, Worcester, v. 12, p. 689-700, set. 1993.

BOITEUX, Luciana. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade. 273 f. Tese (doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em:
38
https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf Acesso em: 12 mai. 2024.

_____, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), 2014. p. 92.

CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

COFFI, Pedro Pasquotto. A ausência de critérios objetivos na lei 11.343/2006. 2018. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Penal e Criminologia. Porto Alegre. 2018, P. 37.

DE MELO, Michel Cícero M. Acórdãos, Objetos e Territórios: Tráfico de drogas e associação para o tráfico nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 2020. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em:

https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf. Acesso em: 27 mai. 2024
DOMENICI, Thiago e BARCELOS, Iuri. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. Disponível em: Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo - Agência Pública.
ESCOHOTADO, Antônio. História General de Las Drogas. 3. ed. rev. aum. Madri: Alianza, 1995. 3 v
FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf. Acesso em: 12/04/2024. Acesso em: 30 mai. 2024.
JESUS, Maria Gorete Marques de. ?O Que Está no Mundo não Está nos Autos?: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. São Paulo: Tese (Doutorado em Sociologia) ? Universidade de São Paulo, 2015.
KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013. Disponível em: http://dspace/xmlui/bitstream/item/6937/PDIexibepdf.pdf?sequence=1. Acesso em: 11/11/2024
39
LABATE, Beatriz Caiuby. Viagem ao centro do Iboga. Publicado em: http://www.terramistica.com.br/index.php?add=Artigos&file=article&sid=56&ch=4. Acesso em: 16 de jun. 2024
INÁCIO, Mariana Secorun; BUENO, Marina Manzoni. Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021.
PAIS, T.A. ?Drug Profiling: O caso da Heroína?. 2011. 92 f. Dissertação apresentada para provas de Mestrado em Química Forense, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.
PILATI, Rachel Cardoso. Direito Penal do Inimigo e Política Criminal de Drogas no Brasil: Discussão de Modelos Alternativos. 2011. 164 f. (Dissertação) Universidade Federal de Santa Catarina.
RAMOS, Alex Agra. Dispositivo autocrático de segurança: violência policial e dominação burguesa no Brasil. Salvador, 2020.
Relatório um tiro no pé: impactos da proibição das drogas no orçamento do sistema de justiça criminal do Rio de Janeiro e São Paulo. Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC). Disponível em: https://drogasquantocustaproibir.com.br/. Acesso em 16 mai. 2024
Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas. 2011. Disponível em: http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2017/10/GCDP_WaronDrugs_PT.pdf. Acesso em: 20 abr. 2024
RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) -

Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014
SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019.
VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, 2021.
WACQUANT, Loïc. As Prisões da Miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research (ICPR), em Birkbeck, Universidade de Londres. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/ Acesso em: 14 mai. 2024
ZALUAR, Alba. Democratização inacabada: fracasso da segurança pública. Estudos Avançados, 2007. 21(61), 31?49. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0103-40142007000300003. Acesso em: 24 abr. 2024

==========

Arquivo 1: TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf (9878 termos)
Arquivo 2: https://en.wikipedia.org/wiki/World_Prison_Brief (1211 termos)
Termos comuns: 8
Similaridade: 0,07%
O texto abaixo é o conteúdo do documento TCC - (Atualizado) João Victor Matos .docx.pdf (9878 termos)
Os termos em vermelho foram encontrados no documento
https://en.wikipedia.org/wiki/World_Prison_Brief (1211 termos)

==========

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
GRADUAÇÃO EM DIREITO
JOÃO VICTOR DE MATOS SILVA
POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL:
O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA
POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
Salvador
2024
JOÃO VICTOR DE MATOS SILVA
POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL:
O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA
POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
Artigo apresentado ao Curso de
Graduação da Universidade Católica
do Salvador, como requisito parcial
para a obtenção do Título de Graduado
em Direito.
Orientador: Alan Roque Souza de
Araujo.
Salvador
2024
3POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL: O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SEU IMPACTO NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA
João Victor de Matos Silva1
Alan Roque Souza De Araujo2
RESUMO: A utilização de substâncias psicoativas é uma realidade que pode ser observada há milênios em diferentes civilizações e para os mais diversos fins, sejam estes, de cunho personalíssimo, ritualístico, religioso, terapêutico e/ou medicinais. Em contrapartida, vislumbra-se também que ao longo do tempo estas substâncias, popularmente conhecidas como drogas, passaram a ser combatidas pelo Estado, geralmente por meio do aparelho repressivo estatal, que, contudo, não tem sido exitoso

em seus objetivos. Neste sentido, diante da evidente ineficácia estatal, que tem contribuído para a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, conforme análise dos dados pesquisados, é importante reavaliar estratégias para enfrentar os problemas causados pelo comércio ilícito de drogas, e, neste aspecto, busca-se compreender como o julgamento do Recurso extraordinário 635.659 pode impactar na população carcerária brasileira.

PALAVRAS CHAVE: Proibicionismo. Drogas. Encarceramento. Seletividade Penal. Recurso Extraordinário 635.659.

ABSTRACT: The use of psychoactive substances is a reality that can be observed for millennia in different civilizations and for the most diverse purposes, be they very personal, ritualistic, religious, therapeutic and/or medicinal. On the other hand, it can also be seen that over time these substances, popularly known as drugs, have come to be combated by the state, usually through the state's repressive apparatus, which, however, has not been successful in its objectives. In this sense, given the obvious inefficiency of the state, which has contributed to the overcrowding of the Brazilian prison system, according to an analysis of the data researched, it is important to re-evaluate strategies to tackle the problems caused by the illicit drug trade, and in this regard, we seek to understand how the judgment of Extraordinary Appeal 635.659 may impact on the Brazilian prison population.

KEYWORDS: Prohibitionism. Drugs. Imprisonment. Criminal Selectivity. Extraordinary Appeal 635.659.

2 Professor universitário. Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista Internacional em Segurança Pública pela UNEB e Universitá Degli Studi di Padova. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Cairu. Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Superior (UNYAHNA).

1 Graduando no curso de Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). E-mail: joaovm.silva@ucsal.edu.br

4SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. DA POLÍTICA DE DROGAS ADOTADA NO BRASIL: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA 2.1 O PROIBICIONISMO NO BRASIL E A LEI 11.343/2006 2.2. A PROBLEMÁTICA DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS: COMO DISTINGUIR USUÁRIO DE TRAFICANTE 3. ANÁLISE DOCUMENTAL DO SISDEPEN: IMPACTO DA LEI DE DROGAS PARA A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO 3.1 POPULAÇÃO CARCERÁRIA ANTES E DEPOIS DA LEI DE DROGAS. 3.2 VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO POLICIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS 4. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POLÍTICA DE DROGAS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RE 635.659 4.1 PERCURSO METODOLÓGICO EMPREGADO PARA ANÁLISE DO JULGAMENTO 4.2 DESCRIÇÃO DO JULGAMENTO 4.3 OS VOTOS DOS MINISTROS 5. IMPACTO DO JULGAMENTO DO RE 635.659 NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho buscou compreender a configuração da Lei de Drogas sancionada

em 2006 (Lei 11.343/2006), e, notadamente, quais são os seus reflexos no sistema penitenciário brasileiro.

É possível observar que, desde o início da vigência da Lei 11.343/2006, o número de pessoas privadas de liberdade em razão da Lei de Drogas, de forma provisória ou definitiva, teve um vertiginoso aumento, fator que contribuiu essencialmente para a superlotação do sistema carcerário. Prova disso, é que o Brasil tem hoje a terceira maior população carcerária do mundo, e, segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023)3, o encarceramento por crimes ligados a drogas deu um salto de aproximadamente 300% desde a promulgação da referida lei.

Um dos fatores para esse aumento, consiste na ausência de determinação no dispositivo legal de uma característica mais objetiva, como a gramatura ou quantidade que sirva de limite para distinguir o porte para consumo do tráfico de drogas, conforme aponta Pedro Pasquotto Coffi.4

Embora a quantidade não seja o único fator considerado para configurar a prisão por tráfico de drogas, a ausência de critério quantitativo tem contribuído significativamente para a prisão de usuários como se traficantes fossem, em razão da

4 COFFI, Pedro Pasquotto. A ausência de critérios objetivos na lei 11.343/2006. 2018. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Penal e Criminologia. Porto Alegre. 2018, P. 37.

3 Anuário Brasileiro de Segurança Pública / Fórum Brasileiro de Segurança Pública. ? 1 (2006) -. ? São Paulo: FBSP, 2023. 357 p.: il.

5seletividade penal no sistema de segurança pública brasileiro. Sendo assim, nas palavras de Luís Carlos Valois, tem sido fator importante na superlotação do já precário e abandonado sistema penitenciário5, sendo causa de rebeliões, mortes e violências de todas as espécies.

Diante disso, através do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (Tema de Repercussão Geral nº 506), que questiona a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, se discute no Supremo Tribunal Federal a necessidade do estabelecimento de critérios menos discricionários para, nas palavras do Ministro Alexandre de Moraes, ?evitar que uma mesma conduta, dependendo do local, condição social da pessoa ou outros elementos, possa ser definida como tráfico ou como posse para uso pessoal? 6.

Neste sentido, ainda segundo Moraes (2023)7, é importante que sejam estabelecidos critérios mais objetivos para a distinção entre traficantes e usuários, para que assim seja possível reduzir a discricionariedade policial quando do flagrante, bem como do Ministério Público quando da denúncia e da justiça quando da tipificação final da conduta.

Nesta senda, o problema de pesquisa que se busca responder com o presente artigo é como o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pode impactar na população carcerária brasileira. Defende-se, portanto, a importância desta pesquisa pois, a aplicação da Lei de Drogas (Lei 11.342/2006), tem se mostrado ineficaz para com os seus objetivos, tendo em vista que a ausência de um critério objetivo para distinguir o tráfico de drogas para o porte de droga para consumo pessoal, conforme Moraes (2023) tem dado margem para a discricionariedade policial e, com isso, tem sido responsável por um elevado número de prisões discricionárias.

Portanto, ante à obsoleta política criminal de drogas, a presente discussão se mostra essencial para a busca de um modelo alternativo de política de drogas que não seja orientado pelo paradigma proibicionista e repressivo e que tenha como escopo a busca pela redução das prisões por crimes relacionados a drogas.

Neste sentido, este trabalho terá como objetivo mais amplo identificar o impacto da política de combate às drogas adotadas no Brasil para o superencarceramento e como

7 DE MORAES, Alexandre. RE 63659/SP. Voto do Ministro Alexandre de Moraes proferido em 02/08/2023.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659 ? São Paulo. Repercussão geral nº 506 no Recurso Extraordinário.

5 VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, 2021, p.453.

6o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pode impactar na redução destas prisões.

Deste modo, para encontrar uma resposta ao problema de pesquisa proposto, foi necessário compreender alguns aspectos que foram subdivididos em 5 (cinco) capítulos.

Inicialmente, fez-se necessário buscar entender a gênese da política proibicionista de combate às drogas para que assim fosse possível compreender a construção da Lei 11.342/2006, bem como os seus reflexos na sociedade brasileira.

No capítulo seguinte buscou-se entender a importância do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na amortização do superencarceramento causado pela lei de drogas, através de análise dos votos dos ministros e a projeção do impacto da iminente decisão.

Em seguida, para demonstrar o crescimento da população carcerária brasileira, realizou-se uma comparação entre a população carcerária brasileira incidentes nos artigos da lei de drogas desde o início da sua vigência aos dias atuais. Neste sentido, buscou-se analisar dados, levantamentos e estatísticas penitenciárias realizados pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ferramenta utilizada pela Secretaria Nacional de Políticas penais para coletar informações padronizadas e realizar um eficaz mapeamento do sistema penitenciário no Brasil.

A metodologia utilizada foi a pesquisa qualitativa do tipo documental, tendo em vista que para mensurar estatisticamente o aumento gradativo da população carcerária brasileira por crimes relacionados a drogas, foi realizado a análise dos dados e relatórios extraídos pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), bem como pesquisa bibliográfica através de autores de referência mediante suas obras extraídas de repositórios acadêmicos como o repositório institucional da Universidade de São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, bem como periódicos como Scielo e Google Acadêmico.

Nesta senda, cumpre destacar que esta pesquisa não buscou deliberar acerca do processo legislativo que produziu a Lei 11.243/2006, tampouco buscou analisar a lei de drogas sob o crivo do processo penal, mas investigar as possíveis relações entre a Lei de Drogas e o aumento do encarceramento brasileiro, tomando como referência dados extraídos através do SISDEPEN.

72. DA POLÍTICA DE DROGAS ADOTADA NO BRASIL: CONSTRUÇÃO

HISTÓRICA DOMODELO PROIBICIONISTA.

A utilização de substâncias psicoativas, usualmente chamadas de drogas, não é uma exclusividade da modernidade. É possível observar, historicamente, que há milênios substâncias entorpecentes são utilizadas pelas mais diversas sociedades para fins de cunho personalíssimo, ritualístico, religioso, terapêutico e/ou medicinais.8

Exemplo disso é que, conforme demonstrado por Beatriz Labate, há cerca de cinco milênios, a tribo Pigmeu, habitante na África Central, ao observar como agiam os javalis que se alimentavam de determinado arbusto nativo daquela região, o Tabernanthe iboga, acabaram descobrindo as propriedades alucinógenas geradas através consumo da referida planta, motivo pelo qual passaram a consumi-la sob a lógica do entorpecimento9.

Não obstante, conforme registros deixados em papiros mesopotâmicos, verifica-se que a utilização de opioides e opiáceos na antiga Mesopotâmia era uma prática realizada há cerca de oito milênios. Inclusive, é possível observar que drogas consideradas atualmente como mais pesadas tais quais o ópio, heroína e a morfina, antes de terem sido classificadas como drogas de caráter ilícito, foram amplamente utilizadas pela medicina como alternativa para tratar de alguns problemas na saúde como a dor.10

Sendo assim, Pablo Ornelas Rosa11, aponta que não se trata, obviamente, de um fenômeno hodierno, mas de uma questão milenar que ultrapassa gerações. Portanto, para compreender como se originaram as políticas proibicionistas a nível global e a nível nacional, é indispensável entender como as sociedades mais remotas se comportavam diante destas substâncias.

Desde que passaram a ser utilizadas para fins psicotrópicos, aduz Salo de Carvalho, as drogas passaram a ser objeto de controvérsias e, consequentemente, combatidas pelo Estado.12

12 CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

11 ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014

10 ARAÚJO, Frederico Fonseca Casagrande de. Drogas: Uma análise histórica, social e contextual das políticas proibicionistas e de seus impactos sociais. Monografia. Curso de Direito. Faculdade Vale do Cricaré, São Matheus. 2018, p. 15.

9 LABATE, Beatriz Caiuby. Viagem ao centro do Iboga. 2001.

8 ARAÚJO, Frederico Fonseca Casagrande de. Drogas: Uma análise histórica, social e contextual das políticas proibicionistas e de seus impactos sociais. Monografia. Curso de Direito. Faculdade Vale do Cricaré, São Matheus. 2018, p. 14.

8Historicamente, é possível observar nas civilizações ocidentais e orientais algumas medidas proibitivas adotadas na primeira metade do século XIX. Neste sentido, as primeiras medidas restritivas ao consumo e comércio de drogas adotadas no ocidente, conforme Baesso (2013), citado por Araújo (2018), ocorreram após a revolução industrial, principalmente a partir do desenvolvimento da indústria farmacêutica.

Por sua vez, outro momento histórico que permite entender uma nova ordem internacional em torno da política proibicionista de drogas, desta vez no oriente, é a famigerada Guerra do Ópio travada entre China e Reino Unido.13

Escohotado14 argumenta que a China, ainda na primeira metade do século XIX,

adotou uma série de medidas proibitivas contra o comércio do ópio, inclusive, confiscando e destruindo centenas de carregamentos de navios ingleses, maiores exportadores de ópio para a China, o que levou a Inglaterra a invadir a China para garantir a continuidade do comércio de ópio na região.

Ocorre que, o combate mais incisivo contra a produção, comércio e até ao consumo para fins recreativos destas substâncias psicoativas veio tomar proporções globais, quando da adoção de políticas mais severas adotadas pelos Estados Unidos da América.

De acordo com Souza e Calvete (2017)15 uma das principais razões da proibição de psicotrópicos na cultura norte americana, foi a forte influência da ética protestantista, a partir da premissa de que o descontrole e a irresponsabilidade não poderiam ser tolerados, e, portanto, a utilização de substâncias psicoativas deveria ser veementemente combatida, o que demonstra que tais políticas foram influenciadas pelo crivo da moralidade.

Nesta mesma linha, conforme aponta Pablo Ornelas Rosa16, as primeiras medidas proibitivas adotadas pelos Estados Unidos da América na segunda metade do século XIX, foram fundadas em conotações xenófobas e repressivas. Ainda segundo Rosa, esta política era direcionada ao combate ao ópio era amplamente utilizado por imigrantes chineses.

16 ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014.

15 CALVETE, Cássio da Silva; SOUZA, Taciana Santos. História e formação do mercado das drogas. Revista de Economia, v.41, n. 76, p. 401-429, Universidade Federal do Paraná, 2020.

14 ESCOHOTADO, Antônio. História General de Las Drogas. 3. ed. rev.aum. Madri: Alianza, 1995. 3 v

13 RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

9[...] possível constatar a conotação explicitamente racista, xenófoba e repressiva, que provavelmente tem sua procedência no Decreto de Expulsão de Chineses de 1882. Esta lei procurou não somente estigmatizar, mas também criminalizar os chineses que naquele momento eram considerados os grandes consumidores de ópio, tratados, a partir daquele episódio da história, como agressores da cultura e da moral estadunidense. (ROSA, 2014, p. 283)

Já no século XX, as políticas repressivas atinentes ao controle das drogas são munidas de um caráter belicista, principalmente quando da realização da Convenção Única sobre Entorpecentes da ONU em 1961 onde foram fincadas as bases legais da política internacional de guerra às drogas.

Neste sentido, conforme aponta Pilati 17, embora já houvesse uma política de drogas pautada pelo proibicionismo, um marco repressivo foi o governo de Richard Nixon que em 1971 pronunciou-se à população declarando que as drogas eram o inimigo número um dos Estados Unidos da América, declarando o início a uma verdadeira corrida antidrogas.

Neste sentido, atualmente, a temática abordada é regulamentada em sede internacional a partir dos seguintes acordos internacionais: A Convenção Única da ONU sobre Entorpecentes de 1961, a Convenção da ONU sobre Substâncias Psicotrópicas de

1971 e a Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, os quais preveem medidas para a erradicação do tráfico sob a ótica proibicionista.

2.1. O PROIBICIONISMO NO BRASIL E A LEI 11.343/2006

Neste aspecto, é importante compreender a construção do modelo de combate às drogas adotado no Brasil, notadamente a ótica da legislação proibicionista (Lei 11.343/06) que orienta o judiciário e os demais poderes.

No Brasil, há registros de medidas proibitivas, ainda que esparsas, desde a época colonial. Conforme aponta Salo de Carvalho, a incriminação do porte, do comércio ou do uso de determinadas substâncias tóxicas aparecem já nas Ordenações Filipinas no século XVII.18

18 CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

17 PILATI, Rachel Cardoso. Direito Penal Do Inimigo E Política Criminal De Drogas No Brasil: Discussão De Modelos Alternativos. 2011. 164 f. (Dissertação) Universidade Federal de Santa Catarina.

10

No início do século XX, sob influência internacional, que discutia a regulamentação do consumo e comércio do ópio, o Brasil adotou medidas restritivas com o escopo de impedir o uso indiscriminado do ópio e seus derivados, bem como outras substâncias químicas e orgânicas, através do Decreto nº 11.481, aprovado em 1915.19

Contudo, somente na década seguinte, é que foi editado pelo então presidente Epitácio Pessoa um decreto que estabeleceu medidas específicas relacionadas ao comércio de drogas, indicando as penalidades e procedimentos.20

Embora o Código Penal Republicano já tivesse disposição expressa acerca da proibição de determinadas substâncias tóxicas, Maria Lúcia Karam,21 aponta que a criminalização de condutas como a produção, distribuição e consumo de drogas que tornaram-se ilícitas de fato somente ocorreu com o advento das leis penais de 1932, que através do artigo 25, estabeleceu as condutas que configurariam tráfico de drogas instituindo penas privativas de liberdade de uma a cinco anos e multa.

Em seguida, houve a sistematização destas sanções a partir da edição do Código Penal de 194022, sob a ditadura do Estado Novo, prevendo a criminalização do tráfico e também da posse de substâncias entorpecentes.

Verifica-se que, em consonância às experiências internacionais, notadamente norte americana, observa-se que as origens proibicionistas brasileiras se dão em razão de questões não científicas. Nesta linha, inclusive, Moraes (2023) destaca que a proibição da maconha no Brasil, de forma similar aos Estados Unidos, no início do século XX, se deu baseada em questões morais.

A Lei 6.368/76, conhecida por Lei de Tóxicos23, estabeleceu medidas rigorosas para o controle e a repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes, além de prever tratamentos para dependentes químicos.

23 BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 out. 1976.

22 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro,

RJ. Seção 1, p. 23911. Coleção de Leis do Brasil - 194 0, Página 187 Vol.7.
21 KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013
20BRASIL. Decreto nº 4.294, de 06 de julho de 1921. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 13407.
19BRASIL. Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915. Promulga a Convenção Internacional do Ópio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assinados na Haya. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 3597.
11
Sob a vigência desta lei, o uso ou porte de drogas para consumo pessoal era considerado um delito penal, de modo que previa pena de detenção de 6 meses a dois anos. E, por sua vez, impunha penas significativamente mais severas ao delito de tráfico de drogas, de modo que os traficantes estavam sujeitos a penas mais longas que iam de 3 a 15 anos de reclusão, além de condenação ao pagamento de multas, cujo valor variava conforme o caso específico.
Por fim, no ano de 2006 foi configurada a atual Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), que buscando compatibilizar as disposições normativas que a antecedem, prescreveu medidas que preveem a reinserção social dos usuários/dependentes químicos, bem como medidas preventivas voltadas para o controle do uso indiscriminado destas substâncias.
Outro aspecto da referida lei, é que ela traz em seu bojo um avanço no que diz respeito ao reconhecimento da diferença entre o usuário e o traficante, que doravante passaram a ser enquadrados em dispositivos diferentes.
A nova lei de drogas retirou a pena de prisão da posse de drogas para consumo próprio, porém, manteve a sua utilização como crime. O artigo 28 da referida lei, define como usuário aquele que ?adquire, guarda, tem depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar?.24
Neste caso, são previstos 3 (três) tipos sancionatórios (1) a advertência sobre os efeitos das drogas pelo juiz, (2) a prestação de serviços à comunidade num prazo máximo de 5 (cinco) anos que pode ser elevado para 10 (dez) em caso de reincidência, e, por fim, (3) a obrigatoriedade de frequentar um curso educativo sobre as drogas.
Por sua vez, a comercialização destas substâncias continua sendo tipificada como crime, possuindo uma pena máxima de 15 (quinze) anos. Esta previsão está disposta no artigo 33 da Lei de Drogas que caracteriza o traficante aquele que ?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.?25
25 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.
24 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.
12
Portanto, verifica-se que embora a legislação tenha buscado tratar o fenômeno do controle das drogas a partir de uma lógica mais humana ao retirar a privação da

liberdade para os usuários, tem causado efeito diverso daquele pretendido, tendo em vista que tem contribuído fundamentalmente com o aumento do sistema carcerário brasileiro.26

Neste mesmo sentido, argumenta Marcelo Caetano Bittencourt Pizzani Ribeiro de Andrade:

Em face do exposto no presente artigo, portanto, é inegável que o crescimento exponencial do aprisionamento no Brasil guarda estreita relação com a maneira que os atores do sistema de justiça criminal costumam aplicar os dispositivos sancionadores trazidos pela Lei nº 11.343/2006. (ANDRADE, 2023, p.13)

Portanto, além de não proteger a tutela da saúde coletiva, conforme proposto, o encarceramento causado com a sua aplicação tem desrespeitado constantemente a premissa constitucional da dignidade da pessoa humana.

2.2. A PROBLEMÁTICA DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS: COMO DISTINGUIR USUÁRIO DE TRAFICANTE?

Como dito no tópico anterior, em substituição a Lei 6.368/76, a legislação brasileira sobre drogas foi disciplinada pela Lei 11.343/2006 e trouxe em seu bojo, dentre outras alterações, uma inovação: distinção entre usuário e traficante. Com isto, a nova lei de drogas, introduziu mudanças substanciais no tratamento dispensado aos usuários e aos traficantes de drogas de modo que, enquanto impõe ao usuário um tratamento mais sutil, por considerar delito de ínfimo potencial ofensivo, passa a tratar o traficante de drogas com mais severidade.

O artigo 33 da lei de drogas define como traficante aquele que ?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?, impondo uma pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

26 BASÍLIO, Adriene Jayme. A Guerra Contra As Drogas E A Superlotação Carcerária No Brasil. 2022. 62 f. Monografia. Pontifícia Universidade Católica De Goiás, Goiás, 2022.

13

Por sua vez, a definição de usuário pode ser extraída da leitura do artigo 28 da lei de drogas, a qual dispõe que o usuário é aquele que ?adquire, guarda, tem depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar?.

Contudo, da redação do § 2 do mesmo artigo, verifica-se que cabe ao julgador avaliar se a droga encontrada com o indivíduo se destinava ao uso pessoal, e que, para tanto, deverá levar em consideração aspectos como 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.

Assim prevê o artigo 28 da lei 11.343/2006.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer 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. (BRASIL, 2006)

Da leitura do artigo supramencionado verifica-se que não há um parâmetro preciso de gramatura ou outra medida que permita quantificar o que diferencia o porte de droga para consumo pessoal do tráfico de drogas e sim, critérios pouco objetivos.

Ocorre que, diante do marcante perfil punitivista dos agentes de segurança pública, desde os policiais que apreendem o indivíduo aos magistrados responsáveis pelo julgamento, ficar a critério da subjetividade do julgador quais são os fatores para diferenciar a condição de usuário para traficante é abrir margem para a discricionariedade.

Neste mesmo sentido, assim argumenta Luciana Boiteux 27.

Assim, o sistema brasileiro de controle de drogas atua de forma seletiva e autoritária, pois não limita o poder punitivo, pelo contrário, deixa de estabelecer limites e contornos diferenciadores exatos para as figuras do usuário, do pequeno, médio e grande traficante, e atribui às autoridades, no caso concreto, ampla margem de discricionariedade, o que acarreta uma aplicação injusta da lei. (BOITEUX, 2014, p. 92)

Neste aspecto, embora a lei preceitue que caberá ao juiz, baseado nas circunstâncias da prisão, diferenciar o usuário do traficante, na prática o que se vê é que

27 BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), 2014. p. 92.

esta distinção tem início desde a abordagem da polícia que, geralmente, é a única testemunha do fato, e, tendo em vista que sua palavra goza de presunção de veracidade e de presunção de legitimidade28, é peça fundamental na justificativa para as prisões.29

Neste sentido, Alex Agra Ramos30, chama atenção para o caráter racista e discriminatório do sistema de segurança pública no sentido de que o verdadeiro critério na distinção entre o traficante e o jovem usuário consiste na discriminação.

A diferença entre um traficante e um jovem é dada pelo critério racial e com ele, a diferença entre a vida matável e a vida ser preservada. O crime a ser combatido pouco importa, porque não se combate o crime, se combate aquele que é identificado como criminoso, se combate o inimigo. (RAMOS, p. 269, 2020)

Neste sentido, é importante que seja determinado um parâmetro mais objetivo capaz de distinguir consumo pessoal do tráfico de drogas, tendo em vista que, embora este critério não seja o único e determinante, conforme argumenta Alexandre de Moraes (2023), ?a ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes?.

Portanto, a ausência de um critério mais objetivo, que estabeleça uma quantidade

de droga que sirva de parâmetro para o juiz analisar a prisão, tem se mostrado um grave problema de segurança pública, e tem contribuído fundamentalmente com a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, conforme será demonstrado nos capítulos subsequentes.

Neste sentido, Boiteux 31 aduz que:

[...] A atual política criminal de drogas no Brasil é um dos fatores que mais contribuíram para o agravamento da população carcerária. (Boiteux, 2006, p. 233)

Sendo assim, não restam dúvidas que a crise no sistema penitenciário brasileiro foi agravada pela política proibicionista, a qual se manifesta de diversas formas.

31 RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

30 RAMOS, Alex Agra. Dispositivo autocrático de segurança: violência policial e dominação burguesa no Brasil. Salvador, 2020.

29 DE MELO, Michel Cícero M. Acórdãos, Objetos e Territórios: Tráfico de drogas e associação para o tráfico nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 2020. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.

28 Acórdão 1242191, 00011028220198070014, Relator: SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, Segunda Turma Criminal, data de julgamento: 2/4/2020, publicado no PJe: 23/4/2020.

15

Portanto, a abordagem punitiva tem se mostrado ineficaz na redução do tráfico de drogas, enquanto perpetua um ciclo de criminalidade e marginalização. 32

3. ANÁLISE DOCUMENTAL DO SISDEPEN: IMPACTO DA LEI DE DROGAS PARA A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.

A política de combate às drogas adotada no Brasil é regida pela Lei nº 11.343/2006, a qual manteve criminalização do usuário sob o pretexto da prevenção ao uso indiscriminado e garantia do tratamento dos dependentes, com vistas a reinseri-los na sociedade, mas na prática o que se demonstra com a aplicação da referida lei é que jamais a criminalização cumpriu com suas promessas.33

Ademais, da análise dos dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023), verifica-se que o encarceramento por crimes ligados a drogas deu um salto de aproximadamente 300% desde a promulgação da lei de drogas.

Conforme mencionado no capítulo anterior, a ausência de um critério objetivo para o procedimento de distinção entre o consumo próprio e o tráfico de drogas tem contribuído fundamentalmente com a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, pois, a condenação de usuários como se fossem traficantes ajuda a compreender um dos motivos que transformou o Brasil na terceira maior população prisional do planeta34.

Isto ocorre, pois, tal ausência, permite a atuação discricionária do por parte do sistema penal, principalmente quando é a polícia quem classifica a ação do indivíduo, e que em sua maioria será a única testemunha do fato, sendo peça chave para toda a persecução penal.

Portanto, a partir de um estudo descritivo documental da análise dos dados, levantamentos e estatísticas penitenciárias realizados pelo Sistema de Informações do

Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ferramenta utilizada pela Secretaria Nacional de Políticas penais para coletar informações padronizadas e realizar um eficaz mapeamento do sistema penitenciário no Brasil, foi possível analisar o contingente de prisões em razão da lei de drogas.

34 World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research (ICPR), em Birkbeck, Universidade de Londres.

33 PILATI, Rachel Cardoso. Direito penal do inimigo e política criminal de drogas no brasil: discussão de modelos alternativos. 2011. 164 f. Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal De Santa Catarina.

32 WACQUANT, Loïc. As Prisões da Miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

16

3.1. POPULAÇÃO CARCERÁRIA ANTES E DEPOIS DA LEI DE DROGAS.

A Lei 11.343/2006, foi publicada em 24 de agosto de 2006, entrando em vigor a partir do dia 08 de outubro de 2006, revogando expressamente em seu artigo 75, as leis anteriores.

Art. 75. Revogam-se a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. (BRASIL, 2006) 35

Neste sentido, conforme demonstrado anteriormente, a nova lei de drogas trouxe circunstanciais mudanças às legislações anteriores.

Segundo dados extraídos através do último relatório da Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), o Brasil alcançou no segundo semestre de 2023 a marca de 857.999 pessoas em situação de cumprimento de pena, sendo 656.811 em celas físicas (sistema penitenciário e outras carceragens) bem como 201.188 pessoas em prisão domiciliar (com ou sem monitoramento eletrônico) somente no âmbito estadual.36

Por sua vez, no âmbito federal, verifica-se que a população em cumprimento de pena (sistema penitenciário e outras carceragens) consiste em 12.265 pessoas em celas físicas.

É importante ser observado que desde que passou a viger a lei de drogas em 2006, a população carcerária brasileira mais que dobrou, tendo em vista que no ano anterior, sob vigência da Lei nº 6.368/1976 a população carcerária consistia em 401.236 pessoas encarceradas. Ou seja, houve um considerável aumento de 456.763 pessoas privadas de sua liberdade.

Naturalmente, não se pode imputar este aumento considerável unicamente à nova Lei de Drogas, tendo em vista a existência das mais variadas condutas tipificadas no Código Penal. Contudo, não se pode ignorar a sua decisiva influência para a superlotação do sistema carcerário.

Neste sentido, a análise simples dos dados acima mencionados acerca da evolução da população carcerária brasileira entre o período de 2005 a 2023, é um tanto

36 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf

35 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2.

17

quanto abstrata. Sendo assim, é importante observar a evolução das prisões especificamente por crimes relacionados à Lei de Drogas.

No 15º ciclo de coleta levantado pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), referente ao segundo semestre de 2023, verifica-se que pelo menos o contingente de 199.731 pessoas respondem por crimes relacionados a Lei de Drogas, sendo que destas, 168.021 respondem pelo crime de Tráfico de Drogas previsto no artigo 33, 25.529 pessoas foram enquadradas no crime de Associação ao Tráfico tipificado no artigo 35, bem como 6.181 pelo crime de Tráfico internacional de drogas previsto no artigo 40 da mesma lei.

Por sua vez, no ano de 2005, ano que antecede o início da vigência da nova lei de drogas, havia no brasil cerca de 31.520 presos pelo crime de Tráfico de entorpecentes e 1.360 pessoas presas pelo crime de tráficos internacional de entorpecentes, totalizando um total de 32.880 pessoas encarceradas37 em razão da aplicação da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.

Fonte: 15º Ciclo Sisdepen (2º semestre de 2023)

Neste sentido, podemos observar que houve um aumento de pelo menos 166.851 pessoas respondendo por crimes relacionados ao envolvimento com drogas ilícitas, o

37 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? InfoPen. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2005.pdf

18

equivalente a 507%. Verifica-se ainda que, até 2006, os presos por crimes relacionados às drogas correspondiam a aproximadamente 8% da população carcerária brasileira, ocorre que, hodiernamente, este percentual consiste em aproximadamente 25%.38

Portanto, é evidente que a aplicação da Lei 11.343/06 contribuiu de forma significativa para o aumento da população carcerária brasileira, uma vez que a falta de critérios quantitativos claros para diferenciar usuários de traficantes cedeu margem para uma atuação discricionária por parte da polícia e do judiciário, resultando em interpretações subjetivas, o que levou ao encarceramento em massa de usuários como se traficante fossem.

3.2 VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO POLICIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

Conforme exposto nos tópicos anteriores, o parágrafo 2º do artigo 28 da Lei de Drogas, concede margem de discricionariedade ao julgador para, após avaliação de caso concreto, definir se o entorpecente apreendido seria destinado ao uso pessoal ou pra fins de tráfico de drogas, principalmente, em razão da ausência de critérios objetivos que sirvam de parâmetro para que se constate esta diferença, tais como o estabelecimento de gramatura ou outra medida que possibilite a quantificação da droga.

Neste aspecto, conforme aponta o Relatório desenvolvido pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania CESeC (Relatório Um Tiro no Pé, 2021), diante do marcante perfil punitivista dos agentes de segurança pública, desde os policiais que apreendem o indivíduo aos magistrados responsáveis pelo julgamento, ficar a critério da subjetividade do julgador quais são os fatores quantitativos para diferenciar a condição

de usuário para traficante é abrir margem para a discricionariedade.
Ocorre que, esta discricionariedade não tem início quando do julgamento pelo magistrado competente, mas, na verdade, ela ocorre desde a apreensão pela autoridade policial que, conforme a seguir será demonstrado, tem papel determinante quanto a formação da decisão do juízo.
38 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf
19
Conforme Inácio e Bueno, não é plausível que o depoimento de um policial, assim como qualquer outra prova testemunhal de forma isolada, seja considerada prova satisfatória e suficiente para embasar a convicção do juízo para uma eventual condenação, tendo em vista que ?além de não ser neutra ou imparcial, ainda possui o agravante da possibilidade de distorção dos fatos de forma intencional?39.
Ocorre que geralmente os processos que envolvem a Lei de Drogas surgem em decorrência de prisões em flagrante efetuadas pelas autoridades policiais motivo pelo qual, nestes casos é o policial quem poderá narrar as circunstâncias da prisão, informar as características do local de abordagem e afirmar com quem estava a droga.
Portanto, conforme aduz Maria Goete40, o magistrado somente terá o contato com o fato objeto de investigação a partir da perspectiva da autoridade policial que realizou a abordagem e realizou a prisão, momento em que classifica a infração penal, de modo que a palavra do policial tem função determinante na formação do convencimento do magistrado.
Sob essa mesma linha argumentativa, argumenta Boiteux (2014):
Com tais critérios extremamente vagos, e de difícil aplicação, a distinção no caso concreto acaba sendo feita pela primeira autoridade que tem contato com o acusado, prevalecendo a visão subjetiva desta, sendo excessivamente ampla a discricionariedade concedida ao policial. (BOITEUX, 2014, p. 90)
Neste sentido, Luis Carlos Valois41, após análise de inquéritos policiais relacionados aos crimes da lei de drogas, nas capitais de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e também no Distrito Federal, argumenta que 74% das prisões em flagrante pelo crime de tráfico de drogas (Art. 33 da Lei 11.343/06) tem como testemunhas apenas os policiais que realizaram a abordagem.
Para consubstanciar a pesquisa acima mencionada, faz-se mister destacar pesquisa similar realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da Universidade de São Paulo (USP), através de estudo denominado ?Prisão Provisória e Lei de Drogas ? Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo?.
Da análise da pesquisa do NEV, verifica-se que chegou-se a percentual equivalente ao exposto por Valois, qual seja, em 74% das prisões em flagrante em razão
41 VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, p. 493, 2021.
40 JESUS, Maria Gorete Marques de. ?O Que Está no Mundo não Está nos Autos?: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. São Paulo: Tese (Doutorado em Sociologia) ? Universidade de São Paulo, 2015.
39 Mariana Secorun Inácio e Marina Manzoni Bueno, Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP.

Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021, p. 24.
20
da lei drogas, a testemunha é apenas o policial que realizou o flagrante, acrescentando ainda que, por sua vez, em 26% dos dos casos as testemunhas são a própria autoridade policial mais testemunha civil.
Ademais, o estudo mencionado evidencia ainda que 91% destes processos cuja única prova é o testemunho policial terminam com a condenação do réu pelo crime de tráfico de drogas.
Noutro aspecto, é importante trazer à lume também o levantamento realizado pela Agência Pública, o qual evidencia que nos processos cuja apreensão de droga foi até 10 gramas, em aproximadamente 84% dos casos a única prova considerada irrefutável foram os depoimentos dos policiais que realizaram a apreensão.42
Ainda de acordo com este levantamento, verifica-se das decisões analisadas que nos processos cuja única testemunha são os policiais, houve o percentual de 59% de condenações ao passo que quando houveram testemunhas civis este percentual foi reduzido para 44 %.
Esta diferença também fica demonstrada no que diz respeito ao índice de absolvição, tendo em vista que quando houveram testemunhas civis o índice de absolvição consistiu no percentual de 21 %, ao passo que quando as testemunhas foram apenas policiais o índice de absolvição caiu para apenas 14 %.
Nesta senda, Alba Zaluar 43 afirma que o poder policial e judiciário tem-se posicionado na verdade numa caça aos usuários, e não aos grandes traficantes.

> [...] seria melhor se as forças de polícia não fossem empregadas para caçar os consumidores de droga ou os pequenos negociantes, e atribuíssem muito mais seus recursos à repressão de grandes traficantes e de lavadores do dinheiro sujo (ZALUAR, 2007, p. 03).

Portanto, ante todo o exposto, a ausência de critérios objetivos que diferenciem as condutas previstas no art. 28 e no art. 33 da Lei 11.343/06, tem permitido que a palavra dos policiais tenha o papel mais importante nos processos desta natureza, de modo que no fim das contas é quem efetivamente tipifica a conduta praticada pelo sujeito no delito de tráfico de drogas.44
44 Mariana Secorun Inácio e Marina Manzoni Bueno, Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021.
43 ALBA ZALUAR. Democratização Inacabada: Fracasso da Segurança Pública, 2007.
42 DOMENICI, Thiago e BARCELOS, Iuri. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. Disponível em: Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo - Agência Pública. Acesso em: 22/04/2024.
21
4. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POLÍTICA DE DROGAS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RE 635.659.

O Supremo Tribunal Federal (STF), representa a instância superior do Poder Judiciário brasileiro, desempenhando uma função primordial na salvaguarda da ordem jurídica e na preservação dos preceitos estabelecidos na Constituição Federal.
Sendo assim, como órgão guardião da Carta Magna, compete-lhe a missão

precípua de assegurar a conformidade das leis e atos normativos infraconstitucionais com os ditames constitucionais, consubstanciando-se, portanto, como o bastião máximo da legalidade e da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro.
Assim, dispõe o caput do artigo 102 da Constituição de 1988:
Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
Neste sentido, conforme delineado nos capítulos anteriores, a aplicação da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) tem causado uma série de problemas no âmbito da segurança pública, sobretudo porque tem contribuído significativamente para a superlotação das prisões no Brasil, uma vez que parcela considerável da população carcerária encontra-se detida pela incidência no crime de tráfico de drogas, fato que quem tem agravado as condições já precárias do sistema prisional nacional.
Diante desta problemática, através do julgamento do Recurso Extraordinário (635.659), avalia-se a consonância, ou não, do artigo 28 da Lei 11.343/2006, que trata do porte de drogas para uso pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada sob pena de violação ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.
Este julgamento tem atraído significativa atenção devido às suas implicações na política de drogas, direitos individuais e segurança pública.
Para compreender o julgamento em sua integralidade, necessário se fez analisar os autos mediante acesso ao Supremo Tribunal Federal.
Defende-se a importância dessa metodologia de busca, pois ela facilita o acesso às informações essenciais para o entendimento e o acompanhamento desse julgamento, já que permite a localização mais precisa de documentos, incluindo decisões, acórdãos, votos dos ministros, despachos e pareceres.
Neste sentido, foi adotado esse meio de pesquisa também em razão da sua confiabilidade, pois, o site do STF é atualizado constantemente para refletir os últimos
22
acontecimentos e decisões relacionados ao RE 635659. Esta atualização contínua assegura que as informações disponíveis são sempre as mais recentes, permitindo que os usuários se mantenham informados sobre o progresso e os desdobramentos do caso.
Portanto este suporte de busca permite uma análise detalhada dos argumentos apresentados, das fundamentações jurídicas e das interpretações dos ministros.
4.1. PERCURSO METODOLÓGICO EMPREGADO PARA ANÁLISE DO JULGAMENTO
Para obter os resultados pretendidos, quais sejam, as informações preliminares, partes e decisões no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, necessário se fez adentrar ao sítio eletrônico do Supremo, mediante acesso ao link
https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145.
Em seguida, ao clicar na aba ?Processos? e digitar o número do processo originário (0018946-13.2009.8.26.0161), ou clicar na aba ?Repercussão Geral? e colocar o número do tema, neste caso o 506, somos imediatamente direcionados a página onde temos acesso a todas as informações necessárias para o desenvolvimento deste trabalho.

A partir do acesso ao sítio eletrônico mencionado, podemos ter acesso às publicações durante o julgamento mediante acesso ao ?Diário da Justiça Eletrônico (Dje)?, a ?Jurisprudência? (reconhecimento da repercussão geral, publicada em 09/03/2012), bem como ao leading case que nos fornece as informações gerais do processo, e, por fim acesso às peças processuais, tais como pedidos de ingresso como Amicus Curiae, sustentação oral etc, bem como acesso ao despachos e decisões prolatadas, mediante acesso a aba ?Peças?.

Por sua vez, não foi possível obter acesso ao inteiro teor do votos de todos os ministros, uma vez que alguns votos ainda não foram disponibilizados. Neste sentido, buscando a íntegra/inteiro teor dos votos dos ministros, tendo em vista a escassez em outros meios de pesquisa, necessário se fez entrar em contato, através de e-mail, com a Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do Supremo Tribunal Federal, setor responsável pelas pesquisas judiciárias no âmbito do supremo.

Neste momento, obtive o seguinte esclarecimento: ?Informamos que o referido julgamento ainda não foi finalizado, conforme o andamento processual, o julgamento foi suspenso por motivo de pedido de vista, e os ministros que votaram, ainda não
23
disponibilizaram seus votos. Sendo assim, só conseguimos disponibilizar os votos, no final do julgamento, com a publicação do referido acórdão."

Diante disso, obtive acesso tão somente ao inteiro teor dos votos do ministros Alexandre de Moraes, do relator Gilmar Mendes, Luis Roberto Barroso, e do Fachin, não foi possível ter acesso ao inteiro teor de todos os ministros, motivo pelo qual se fez necessário buscar fontes jornalísticas confiáveis, bem como ouvir os votos disponibilizados em plataformas de audiovisual, tais como o canal oficial do Supremo Tribunal Federal no YouTube.

4.2. DESCRIÇÃO DO JULGAMENTO

O referido julgamento foi iniciado após a interposição de recurso em favor de um condenado por porte de 3g (gramas) de cannabis sativa (maconha) que o Recorrente alegava ser para consumo próprio. Ocorre que, diante da condenação, a Defensoria Pública do estado de São Paulo interpôs recurso sob a alegação da inconstitucionalidade do art. 28, em face da violação do art. 5º, X, da Constituição Federal.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988)

Assim, no decorrer do julgamento, explicou o ministro relator Gilmar Mendes45:

No caso em análise, o art. 28 é impugnado sob o enfoque de sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. Não se funda o recurso na natureza em si das medidas previstas no referido artigo, mas, essencialmente, na vedação constitucional à criminalização de condutas que diriam respeito, tão somente, à esfera pessoal

do agente incriminado. (2015, p. 3 e 40)

Em dezembro de 2011, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a existência de repercussão geral na questão em debate sobre a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas (STF, 2011), motivo pelo qual o Ministro Gilmar Mendes, sorteado relator do caso, destacou a relevância social do tema

45 MENDES, Gilmar Ferreira. RE 63659/SP. Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes proferido em 20/08/2015.

24

e defendeu a importância da Corte se manifestar para pacificar a questão da possibilidade de descriminalização do porte de drogas para consumo próprio.

O julgamento teve início no Plenário do Supremo Tribunal Federal em 19 de agosto de 2015, e foi suspenso em setembro do mesmo ano após o pedido de vista do Ministro Teori Zavascki.

FICHA TÉCNICA LEADING CASE INSTÂNCIA RELATOR PROC.
ORIGINÁRIO
RECURSO
EXTRAORDINÁRIO
635.659
STF GILMAR
MENDES
0018946-13.2009.8.
26.0161
TRAMITAÇÃO PROTOCOLO
DA AÇÃO
RECONHECIMENTO DA
REP. GERAL (TEMA 506)
STATUS ATUAL
22/02/2011 09/12/2011 EM JULGAMENTO

Fonte: Supremo Tribunal Federal.

Após o falecimento do Ministro Teori Zavascki, o processo foi redistribuído, e novos debates surgiram, especialmente com a mudança de composição do STF. E, desde então, dos 11 (onze) ministros que compõem a Suprema Corte, votaram apenas 8 (oito). Dentre estes, os ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Rosa Weber votaram de forma favorável ao afastamento da criminalização do porte de maconha para consumo próprio. Por sua vez, os ministros Cristiano Zanin Martins, Kássio Nunes Marques e André Mendonça posicionaram-se de forma oposta.

Dessa forma, até o momento, o julgamento registra um placar de 5 a 3, com maioria de votos para afastar a criminalização do porte de maconha para consumo próprio. Contudo, o processo encontra-se suspenso após pedido de vistas do Ministro Dias Toffoli, para melhor análise, portanto, além de seu voto, ainda votarão os ministros Luiz Fux e Cármen Lúcia.

Conforme supracitado, o tema em julgamento trata da constitucionalidade dos tipos penais do art. 28 da Lei 11.343/06, de modo que se discute a inexistência de

lesividade na conduta de porte de droga para consumo pessoal e o exercício da
25
autonomia privada, a qual é constitucionalmente protegida pelo direito à vida íntima, não havendo, portanto, qualquer ofensa à tutela da saúde pública.
Portanto, o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635.659, em andamento no Supremo Tribunal Federal (STF), representa um marco significativo na interpretação e aplicação da legislação brasileira referente ao porte de drogas para uso pessoal, e, sua decisão poderá ser um importante passo no caminho para amortização dos efeitos desta política que tem se demonstrado ineficaz em seus objetivos.

4.3. OS VOTOS DOS MINISTROS

Conforme já demonstrado, o Ministro Gilmar Mendes é o relator do julgamento ora analisado. Ainda em 2015, o ministro votou a favor da descriminalização do porte de qualquer tipo de droga desde que para consumo pessoal (STF, 2015).
O ministro iniciou sua abordagem, prestando esclarecimentos, sob a ótica do princípio da proporcionalidade, acerca dos crimes de perigo abstrato e as políticas regulatórias no contexto da Lei de Drogas, notadamente em relação ao usuário.
Em seu voto, Mendes destacou que não existem estudos suficientes ou incontroversos que demonstrem que a proibição é o meio mais eficaz no combate ao tráfico de drogas, enfatizando ainda que, em que pese tenha sido aplicada esta política de drogas, frequentemente chamada de "Guerra às Drogas", o tráfico tem aumentado consideravelmente nas últimas décadas.
O relator, destacou a importância de definir uma distinção precisa entre tráfico de drogas e posse para consumo pessoal, sob o argumento de que esta é crucial para o destino da pessoa abordada, tendo em vista que ela pode ser presa por até quinze anos, se condenada por tráfico, ou permanecer livre, sujeita apenas a medidas transitórias previstas no artigo 28, sem repercussões penais, se classificada como usuária.
O ministro demonstrou extrema preocupação quanto à seletividade do sistema penal, com indicações de tratamento mais rigoroso para pessoas em situação de vulnerabilidade, especialmente os viciados, tendo em vista que a interpretação subjetiva dos fatos pode levar a decisões arbitrárias.
?Da mesma forma, a percepção geral é de que o tratamento criminal aos usuários de drogas alcança, em geral, pessoas em situação de fragilidade econômica, com mais dificuldade em superar as consequências de um processo penal e reorganizar suas vidas depois desqualificados como criminosos por condutas que não vão além de mera lesão pessoal.
26
Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional.? (MENDES, STF, 2015)
Argumenta ainda, noutro aspecto, que o consumo de qualquer substância é uma decisão estritamente privada, e qualquer dano decorrente disso afeta principalmente a saúde do próprio usuário, motivo pelo qual proibir esse consumo é desrespeitar a decisão individual do ser de arriscar a própria saúde, afastando, portanto, a saúde

pública como bem jurídico tutelado.
Neste sentido, vota pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, afastando, portanto, qualquer efeito penal no dispositivo. Porém, mantendo as medidas administrativas até nova legislação específica.
?Tendo em conta os resultados retratados na pesquisa sobre práticas integrativas, há pouco noticiada, afigura-se que a aplicação, no que couber, das medidas previstas no referido artigo, sem qualquer efeito de natureza penal, mostra-se solução apropriada, em caráter transitório, ao cumprimento dos objetivos da política nacional de drogas, até que sobrevenha legislação específica.? (MENDES, STF 2015)
É importante destacar ainda que, no decorrer do julgamento, após o voto de Alexandre de Moraes, o ministro relator reajustou seu voto no sentido de descriminalizar tão somente o porte de maconha.
Em seguida, o ministro Edson Fachin também manifestou seu voto nos termos do relator, Gilmar Mendes, se alinhando ao pensamento de que o consumo de drogas deve ser considerado como fato da autodeterminação individual, de modo que tal consumo diz respeito à intimidade e privacidade do indivíduo (STF, 2015).
Fachin destaca ainda que, o caso em análise envolve especificamente o porte de maconha, e, que por prudência judicial, a decisão do Supremo Tribunal Federal de descriminalizar o porte de drogas para consumo pessoal deve ser limitada a essa substância.
O ministro Fachin faz questão de destacar que, sob a sua ótica, os critérios ou parâmetros objetivos para diferenciar o traficante do usuário deve ser fixado tão somente pelo Congresso Nacional.
Por sua vez, o ministro Luís Roberto Barroso, assim como Gilmar Mendes e Edson Fachin, também destacou que a medida implica que o Estado não tem autoridade para interferir ou punir o porte de drogas para consumo pessoal (STF, 2015).
27
Ocorre que, faz questão de frisar que tal medida não é equivalente à legalização do consumo de qualquer droga ilícita, nem mesmo a maconha, embora reconheça a inconsistência de descriminalizar o consumo enquanto a produção e distribuição de drogas continuam sendo crimes.
Barroso, demonstrando notória preocupação com o encarceramento gradativo da população brasileira, fez questão de ressaltar as implicações da criminalização do porte de pequenas quantidades de maconha para o elevado número de prisões no Brasil, especialmente entre jovens negros. Argumentando ainda que, é fundamental estabelecer uma quantidade específica para diferenciar o usuário do traficante.
Para a determinação do critério quantitativo na distinção entre usuário e traficante, o Ministro Luís Roberto Barroso, cita critérios adotados em outros países como exemplos a serem considerados. O Ministro esclarece que no Uruguai é adotado o critério de 40 gramas, na Espanha o critério de 100 gramas e, em Portugal, o qual considera uma experiência de sucesso, 25 gramas.
Diante disso, baseando-se nestes modelos, Barroso estabelece um critério quantitativo de 25g como o limite para presumir o portador como usuário,

argumentando que esta presunção é tão somente inicial, de modo que pode ser refutada pelo magistrado de acordo com as circunstâncias no caso concreto. Noutro aspecto, no que diz respeito ao cultivo de Cannabis para consumo próprio, o Ministro propõe um limite de até 6 plantas fêmeas.

Em sequência, o Ministro Alexandre de Moraes argumenta que a problemática na aplicação da lei diz respeito ao artigo 28 da Lei de Drogas, pois, em sua visão, tal disposição aumentou a discricionariedade tanto da autoridade policial quanto do Ministério Público e das autoridades judiciais.

Argumentou ainda que, com a nova lei, o que antes era classificado como usuário passou a ser rotulado como pequeno traficante, acarretando em penas mais severas, e superlotando o sistema carcerário.

Diante disso, o Moraes votou pela descriminalização do porte de maconha para uso pessoal, propondo que seja presumido usuário aquele que guarde, tenha, transporte ou traga consigo até 60 gramas de maconha, ou seis plantas fêmeas.

Argumentou com isto que essa presunção seria relativa, permitindo à autoridade policial considerar outros critérios que possam caracterizar o tráfico de entorpecentes, tais como, a forma de acondicionamento, a diversidade de entorpecentes encontrados
28
com a pessoa, e a apreensão de instrumentos, como balanças, cadernos de anotação e celulares.

Moraes esclarece ainda que estes critérios devem ser considerados durante a audiência de custódia, e, portanto, se o indivíduo estiver com quantidades inferiores às estabelecidas, a autoridade judicial deverá fundamentar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva com base em outros critérios que caracterizem o tráfico.

Por outro lado, se a quantidade encontrada for superior à presumida para uso pessoal, a autoridade judicial deverá permitir que o indivíduo comprove que se trata de um usuário e não de um traficante.

No seu voto, a Ministra Rosa Weber também seguiu o entendimento do ministro relator, manifestando seu voto no sentido da descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, ajustando sua posição para que o julgamento se aplicasse exclusivamente ao porte de maconha, argumentando estar plenamente convencida de que é mais apropriado restringir o julgamento apenas a essa substância.

Weber, argumentou que, durante suas visitas nas unidades prisionais brasileiras, como presidente do Conselho Nacional de Justiça, pôde observar de perto a gravidade da situação de tais unidades e que a política de drogas ora aplicada tem contribuído de forma contundente para o agravamento desta situação.

Noutro aspecto, argumentou ainda que o consumo estritamente pessoal de drogas representa um risco à saúde individual do usuário e, portanto, deve ser tratado no âmbito das políticas públicas de saúde e reinserção social, em vez de ser abordado predominantemente pelo aparato penal do Estado.

Ancorada nestes argumentos, a Ministra aderiu ao critério estabelecido pelo Ministro Alexandre de Moraes para diferenciar usuários de traficantes, que é de até 60 gramas de maconha para ser classificado como porte pessoal. Neste sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso, originalmente propondo um limite de 25 gramas, demonstrou

estar aberto a ajustar seu voto para se alinhar à maioria em relação à quantidade estabelecida.

O Ministro Cristiano Zanin Martins, primeiro a negar provimento ao Recurso, abriu a divergência no julgamento e votou contra a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343 sob o argumento de que isto poderia potencializar o problema do encarceramento, pois, sob a sua ótica, seriam removidos os únicos parâmetros legais disponíveis para distinguir entre o usuário e o traficante.

29

Neste sentido, o ministro votou pela constitucionalidade do referido artigo, notadamente chamando atenção pela manutenção do critério já existente no parágrafo 2º.

Contudo, em que pese tenha se posicionado de forma divergente, segue a maioria no no que diz respeito a quantidade de maconha a ser fixada como parâmetro orientador que sirva de limite para distinguir uso e tráfico, ou seja, 25 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, propondo a seguinte redação:

?1) É constitucional o artigo 28 da Lei 11.343.

2) Para além dos critérios estabelecidos no parágrafo 2º do artigo 28 da Lei 11.343 para diferenciar o usuário de maconha do traficante, o tribunal fixa, como parâmetro adicional, a quantia de 25 gramas ou seis plantas fêmeas para configuração de usuário da substância, com a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante fundamentação exauriente das autoridades".? (MARTINS, STF, 2023)

O Ministro André Mendonça adota uma posição cautelosa, argumentando que tal medida poderia ser interpretada como um aval para o consumo o que, potencialmente, acarretaria prejuízos à saúde pública.

Ademais, entende que a discussão sobre a descriminalização deve ocorrer dentro do poder legislativo, respeitando o devido processo democrático. Neste sentido, propõe que seja declarada a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas e seja estabelecido um prazo para o Congresso Nacional deliberar a temática e definir critérios objetivos para diferenciar o porte para consumo pessoal e para tráfico de drogas.

Noutro aspecto, propõe ainda que sejam caracterizados como usuários aqueles que portarem até 10g de maconha, o que acredita ser equivalente a 36 cigarros, até que o Congresso delibere sobre o assunto.

Por fim, o Ministro Kassio Nunes Marques, vota em posição alinhada com a visão de que a descriminalização do porte de maconha para uso pessoal deve ser uma decisão do Legislativo e não do Judiciário.

O Ministro destaca ainda que, em sua ótica, o consumo de drogas vai além do próprio usuário tendo em visto que afeta também a sociedade em geral e que, portanto, a manutenção da criminalização, conforme previsto no artigo 28, funciona como um fator inibitório tanto para o consumo quanto para o tráfico de entorpecentes.

Por fim, o ministro Dias Toffoli, pediu vista para examinar de forma mais minuciosa o processo antes de proferir seu voto e terá até 90 dias para explorar o

30

processo antes de devolvê-lo para Barroso. E, como supramencionado, após seu voto,

ainda votarão os ministros Luís Fux e Cármen Lúcia.

5. IMPACTO DO JULGAMENTO DO RE 635.659 NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

A descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal está a um passo de se tornar realidade no Brasil, uma vez que, conforme exposto no capítulo anterior, cinco ministros já proferiram votos favoráveis à medida, motivo pelo qual resta apenas mais um voto favorável para que se forme a maioria.

Diante da iminente decisão favorável à descriminalização do porte de maconha para uso pessoal no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, torna-se fundamental considerar as consequências do afastamento da incidência do Direito Penal nesse contexto específico e quais as potenciais consequências para a sociedade.

Neste sentido, em se confirmando a descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal, bem como estabelecido um critério objetivo quantitativo que sirva de parâmetro limite para qualificar o usuário ou o traficante, quais seriam os impactos desta decisão, notadamente no âmbito do sistema carcerário brasileiro?

Inicialmente, o primeiro impacto seria no âmbito do poder judiciário brasileiro, uma vez que as pessoas apreendidas com drogas, dentro dos limites estabelecidos pelo supremo, não seriam mais presas ou processadas como se traficante fossem, desde que ausentes os outros elementos que denotem tráfico, tais como balança de precisão, arma, munição, anotações contábeis referentes ao comércio de substâncias ilícitas e etc.

Diante disso, levando em consideração a média de crescimento do número de presos e processados em razão da Lei de Drogas desde 2006, a medida indica uma possível redução no número de processos judiciais em trâmite no judiciário, uma vez que, em sua maioria, são presos com pouca quantidade de drogas. Para consubstanciar isto, Marcelo Semer46 aponta que aproximadamente 50% dos encarcerados foram presos por estar na posse de menos de 100 gramas de maconha ou 50 gramas de cocaína.

Cumpre destacar, portanto, que a quantidade de drogas apreendidas tem sido fundamental no enquadramento do agente como usuário ou traficante.

46 SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019, p. 285-286.

31

Ocorre que, mesmo fixado um novo parâmetro, não se pode falar em soltura automática dos presos ou medidas similares, uma vez que a quantidade de substância não é o único critério para caracterizar alguém como traficante.

Sendo assim, os detentos serão potencialmente impactados pelo julgamento, pois, uma vez que tais critérios serão meramente orientadores, devem buscar a jurisdição para solicitar uma revisão criminal, na qual suas penas serão reavaliadas à luz dos novos parâmetros e das circunstâncias específicas de seus casos, momento em que será decidido pela reclassificação, ou não, da conduta para consumo pessoal.

Por sua vez, à médio prazo, o impacto desta decisão atingiria o sistema carcerário brasileiro, uma vez que, superada a adoção dos critérios subjetivos transferidos à estrutura do Poder Judiciário para definir o usuário e o traficante, os quais são fundamentados nas circunstâncias sociais e pessoais, localidade e condições em que se desenvolveu a ação, e adotados parâmetros quantitativos objetivos, evitando, assim,

que o subjetivismo das autoridades gerem decisões contraditórias, a tendência é uma redução da superlotação carcerária.

Para consubstanciar isso, faz-se mister sublinear a perspectiva apresentada pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) em conjunto com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos do Ministérios de Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP), em torno do julgamento do crime de tráfico de drogas no judiciário brasileiro.

Os cenários analisados pelo IPEA e SENAD/MJSP, tiveram como base os critérios sugeridos em nota técnica do Instituto Igarapé colacionado aos autos em 2015, a qual pugna pela urgência de estabelecimento de parâmetros objetivos na distinção entre traficante e usuário, a partir dos quais os agentes públicos possam avaliar de forma mais precisa e justa.

A nota técnica do Instituto Igarapé, pelos especialistas que a subscrevem, destaca ainda que parâmetros propostos, e, eventualmente adotados pelo Supremo, tem natureza de presunção relativa, uma vez que julgador pode, desde que de forma fundamentada, desconsiderar tais critérios se os demais critérios legais apontarem para a condição de traficância.

De acordo com a referida nota técnica, para adotar esses parâmetros, foram consideradas as experiências internacionais, os padrões nacionais de consumo de drogas e a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal.

32

CENÁRIO 1 CENÁRIO 2 CENÁRIO 3

25 gramas 40 gramas 100 gramas

6 plantas fêmeas 10 plantas fêmeas 20 plantas fêmeas

Fonte: Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA)

A definição por algum destes critérios para distinguir usuários e traficantes pode atingir de forma significativa os casos em andamento, potencialmente resultando na reclassificação de alguns indivíduos que anteriormente eram considerados traficantes como simples usuários de drogas. Inclusive, para além da definição de gramatura, destaca-se a importância de definição da quantidade de plantas para cultivo, para evitar possíveis erros que levem ao enquadramento no inciso II do §1º do art. 33.

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.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

[...]

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; (BRASIL, 2006)

De acordo com o resultado final da pesquisa do IPEA, se adotados os critérios

previstos no ?Cenário 1?, ou seja, gramatura no limite de 25 gramas ou 6 (seis) plantas fêmeas, conforme sugerido pelos ministros Cristiano Zanin Martins e Kássio Nunes Marques no durante o julgamento do RE 635.659, aproximadamente 27% dos presos condenados por tráfico de drogas, cuja a substância apreendida foi maconha, poderiam ter suas penas revistas para uma possível requalificação da condição de traficante para usuário.

33

Por sua vez, a adoção do critério proposto no ?Cenário 2?, o qual estipula o limite de 40 gramas de maconha ou 10 (dez) plantas fêmeas, poderia resultar na revisão das penas de aproximadamente 33% dos condenados. Em consonância a este cenário, os ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso propuseram um limite de 25 a 60 gramas, bem como o cultivo de até 6 plantas fêmeas, de modo que entre 27 e 40 % das penas podem ser revistas.

E, finalmente, se adotado o critério do ?Cenário 3?, cujo limite seria maior, na gramatura de 100 gramas de maconha ou 20 (vinte) plantas fêmeas, limite que chegou a ser proposto pelo ministro Luís Roberto Barroso, cerca de 48% dos condenados por tráfico poderiam ter suas penas revistas.

Vale destacar ainda que, o Ministro André Mendonça propôs o limite de até 10 gramas, o que, segundo Marcelo Semer, após denso estudo acerca do papel dos juízes no encarceramento47, representa aproximadamente 14% das prisões por porte de maconha.

Ademais, o estudo do Ipea, demonstra ainda que, para além da maconha, no caso da cocaína, pelo menos o percentual de 31% dos presos por tráfico poderia ter sua pena revista caso o Supremo fixasse um parâmetro de 10 gramas, bem como o percentual de 37% caso fosse fixado o limite de 15 gramas.

Sendo assim, o estudo projeta a possibilidade de reclassificar como porte para uso de drogas, aproximadamente, entre 27 e 48% das apreensões de cannabis e entre 31 e 37% das apreensões de cocaína.

Neste sentido, à luz do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, verifica-se que os critérios sugeridos pelos ministros estão, em sua maioria, em consonância aos critérios adotados pelo Ipea na realização de sua pesquisa.

Em tempo, é importante destacar ainda que o julgamento do Recurso Extraordinário 635.59 está em curso há aproximadamente 9 (nove) anos. E, esta morosidade na definição, pode ter contribuído para o aumento da população carcerária, conforme verifica-se dos dados extraídos através do SISDEPEN.

De acordo com os dados extraídos pelo SISDEPEN, observa-se no levantamento realizado no último semestre de 2014, ano que antecede o início do julgamento, que o Brasil tinha à época um contingente de 147.475 pessoas privadas de liberdade por crimes relacionados à lei de drogas.

47 SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019.

34

Ocorre que, diante da morosidade no julgamento, este contingente cresceu significativamente, alcançando a marca aproximada de 200.000 presos no segundo

semestre de 2023, conforme 15º ciclo de coleta levantado pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), ou seja, um aumento de aproximadamente 35%.

Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN - 15º ciclo de coleta).

Sendo assim, destaca-se que, levando em consideração os cenários apresentados pelo Ipea, este aumento poderia ter sido evitado se o julgamento já houvesse sido definido. Portanto, conforme argumenta Alexandre de Moraes48, a fixação de critérios mais objetivos para a distinção entre traficantes e usuários levariam a diminuição da discricionariedade policial no momento da realização do flagrante e, posteriormente, a discricionariedade do Ministério Público no momento da denúncia e a judicial na tipificação final da conduta, o que, consequentemente reduziria o número das prisões em razão da lei de drogas.

48 DE MORAES, Alexandre. RE 63659/SP. Voto do Ministro Alexandre de Moraes proferido em 02/08/2023, p. 25-27.

35

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou compreender os fundamentos da configuração da Lei 11.343/2006, bem como, ancorado em dados estatísticos, entender os reflexos da sua aplicação no sistema penitenciário brasileiro.

Para tanto, foi traçada uma perspectiva histórica acerca da utilização de substâncias psicoativas, bem como as origens da política proibicionista de drogas buscando entender suas causas e consequências. Sendo assim, foi possível vislumbrar que há milênios essa prática é utilizada pelas mais diversas culturas para os mais variados fins, sejam eles ritualísticos, religiosos ou de cunho pessoal.

Após isto, buscou-se compreender as raízes do proibicionismo no Brasil, momento em que observou-se que o proibicionismo foi alicerçado, notadamente por questões morais, econômicas e sociais, ou seja, embora criado sob o crivo da proteção da saúde pública, este argumento, na verdade, se mostra secundário.

Buscando compreender o impacto da Lei de Drogas no sistema carcerário brasileiro, foi realizada uma pesquisa do tipo documental com análise dos dados estatísticos do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN). Neste momento, através do levantamento realizado, observou-se que após o advento da lei de drogas, a população carcerária brasileira mais que dobrou, e, embora não se possa imputar este crescimento unicamente à Lei de Drogas, não se pode ignorar sua decisiva influência para que fossem atingidos estes números.

Conforme os dados levantados, o número de presos por crimes relacionados a drogas no Brasil sob a vigência da Lei nº 6.368/76 consistia no montante de 32.880 até o fim de 2005. Por sua vez, com o advento da Lei nº 11.343/06, Lei de Drogas em vigor, este número atingiu o contingente de 199.731 presos, portanto, verificamos um aumento de pelo menos 166.851 pessoas privadas de liberdade em razão desta lei, ou seja, um impactante aumento no percentual de aproximadamente 507%.

Por fim, foi analisado o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (Tema 506), buscando compreender os possíveis impactos da eminente decisão pelo Supremo

Tribunal Federal que, descriminalizando ou não o porte para consumo pessoal da maconha, fixará um critério objetivo que servirá de parâmetro para auxiliar no julgamento dos crimes relacionados a drogas.

Conforme exposto, os critérios sugeridos pelos ministros variam do limite mais conservador de apenas 10 gramas de cannabis, para a gramatura mais liberal de 100

36

gramas, destacando ainda que, em sua maioria, os ministros sugeriram que seja fixado o parâmetro de 25 gramas ou 6 plantas fêmeas para cultivo.

Assim, após análise dos estudos realizadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) em conjunto com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos do Ministérios de Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP), foi possível chegar a conclusão de que se estabelecido um critério de 25 gramas de maconha ou 6 plantas fêmeas 27% dos presos por porte de maconha poderão ter suas penas revistas, se fixado um parâmetro de 40 gramas ou 10 plantas fêmeas este percentual seria de pelo menos 33%, e, por, fim, se fixado o parâmetro de 100 gramas, cerca de 48% dos presos poderiam pedir revisão criminal e ter suas penas revistas.

Conclui-se, portanto, que ante todo o exposto no decorrer deste trabalho, a Lei 11.343/06, teve papel decisivo no aumento da população carcerária brasileira. Principalmente porque, a ausência de critérios quantitativos claros para distinguir o usuário do traficante deixou lacunas legais que permitiram a atuação discricionária do poder público, notadamente pelos policiais e juízes.

A decisão do Supremo Tribunal em estabelecer um parâmetro objetivo para distinguir entre usuários e traficantes de drogas é uma medida importante, ainda que não resolva de imediato a problemática da superlotação carcerária. No entanto, essa decisão tem o potencial de conter o crescimento exponencial da população prisional, o que, por sua vez, poderá contribuir para a redução da superlotação ao longo do tempo.

37

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Marcelo Caetano Bittencourt Pizzani Ribeiro. Análise Crítica dos Impactos da Lei 11.343/06 nos Rumos do Encarceramento no Brasil. Fortaleza/CE, Vol. 11, Edição 231, 2023. Disponível em: http://dx.doi.org/10.35265/2236-6717-231-12510. Acesso em 23 jun. 2024

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659. Tema: Repercussão Geral 506. Recorrente: Francisco Benedito De Souza. Recorrido: Ministério Público Do Estado De São Paulo. Relator: Gilmar Mendes. Órgão De Origem: TJSP - 1º Colégio Recursal - Central São Paulo. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145. Acesso em 12 mai. 2024.

_____. Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915. Promulga a Convenção Internacional do Ópio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assinados na Haya. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 3597. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D11481.html. Acesso em: 16 jun. 2024

_____. Decreto nº 4.294, de 06 de julho de 1921. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 13407. Disponível em:https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-publicacaooriginal-92525-pl.html. Acesso em 16 jun. 2024

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ. Seção 1, p. 23911. Coleção de Leis do Brasil - 194 0, Página 187 Vol.7. 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: 14 jun. 2024

_____. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 out. 1976. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6368-21-outubro-1976-357249-norma-pl.html. Acesso em: 10 mai. 2024

_____. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 2

BASILIO, Adriene Jayme. A Guerra Contra As Drogas E A Superlotação Carcerária No Brasil. 2022. 62 f. Monografia. Pontifícia Universidade Católica De Goiás, Goiás, 2022.

BLOCK, Walter. Drug prohibition: a legal and economic analysis. Journal of Business Ethics, Worcester, v. 12, p. 689-700, set. 1993.

BOITEUX, Luciana. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade. 273 f. Tese (doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em:
38
https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf Acesso em: 12 mai. 2024.

_____, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), 2014. p. 92.

CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis/SC, 1998.

COFFI, Pedro Pasquotto. A ausência de critérios objetivos na lei 11.343/2006. 2018. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Penal e Criminologia. Porto Alegre. 2018, P. 37.

DE MELO, Michel Cícero M. Acórdãos, Objetos e Territórios: Tráfico de drogas e associação para o tráfico nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 2020. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias ? SISDEPEN. Brasil. Ministério da Justiça. 2005. Disponível em:

https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf. Acesso em: 27 mai. 2024
DOMENICI, Thiago e BARCELOS, Iuri. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. Disponível em: Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo - Agência Pública.
ESCOHOTADO, Antônio. História General de Las Drogas. 3. ed. rev. aum. Madri: Alianza, 1995. 3 v
FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf. Acesso em: 12/04/2024. Acesso em: 30 mai. 2024.
JESUS, Maria Gorete Marques de. ?O Que Está no Mundo não Está nos Autos?: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. São Paulo: Tese (Doutorado em Sociologia) ? Universidade de São Paulo, 2015.
KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013. Disponível em: http://dspace/xmlui/bitstream/item/6937/PDIexibepdf.pdf?sequence=1. Acesso em: 11/11/2024
39
LABATE, Beatriz Caiuby. Viagem ao centro do Iboga. Publicado em: http://www.terramistica.com.br/index.php?add=Artigos&file=article&sid=56&ch=4. Acesso em: 16 de jun. 2024
INÁCIO, Mariana Secorun; BUENO, Marina Manzoni. Revista Eletrônica de Direito Processual ? REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. setembro a dezembro de 2021.
PAIS, T.A. ?Drug Profiling: O caso da Heroína?. 2011. 92 f. Dissertação apresentada para provas de Mestrado em Química Forense, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.
PILATI, Rachel Cardoso. Direito Penal do Inimigo e Política Criminal de Drogas no Brasil: Discussão de Modelos Alternativos. 2011. 164 f. (Dissertação) Universidade Federal de Santa Catarina.
RAMOS, Alex Agra. Dispositivo autocrático de segurança: violência policial e dominação burguesa no Brasil. Salvador, 2020.
Relatório um tiro no pé: impactos da proibição das drogas no orçamento do sistema de justiça criminal do Rio de Janeiro e São Paulo. Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC). Disponível em: https://drogasquantocustaproibir.com.br/. Acesso em 16 mai. 2024
Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas. 2011. Disponível em: http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2017/10/GCDP_WaronDrugs_PT.pdf. Acesso em: 20 abr. 2024
RODRIGUES, Luciana. B. F. Controle penal sobre as drogas lícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) -

Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governabilidade Neoliberal. Editora Insular. Florianópolis. 2014
SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. USP, São Paulo, 2019.
VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra as drogas. 3.ed. São Paulo: D?Plácido, 2021.
WACQUANT, Loïc. As Prisões da Miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research (ICPR), em Birkbeck, Universidade de Londres. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/ Acesso em: 14 mai. 2024
ZALUAR, Alba. Democratização inacabada: fracasso da segurança pública. Estudos Avançados, 2007. 21(61), 31?49. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0103-40142007000300003. Acesso em: 24 abr. 2024