

Ana Carolina
de Paula Silva

Diário, 02 d

DIÁRIOS E
GAS. 30 de Janeiro

MÉDICA PRESA POR PORTE DE DROGAS

que, mesmo se o STF julgar
inconstitucional o delito de
posse de drogas destinado ao
uso, ainda precisaremos dar
os contornos do que signifi-
ca a posse para uso e distin-
gui-la da posse para o tráfi-
co, a obra analisa o histórico
legislativo que nos levou à
atual política de drogas, a
atual lei de drogas, os im-
pactos sociais de sua aplica-
ção e as propostas legislati-
vas, acadêmicas e da socie-
dade civil para sua alteração.
Ademais, debruça-se sobre
as experiências de outros
países latino-americanos e
ibéricos, para avaliar não so-
mente o que é a política de
descriminalização de drogas
mas como ela tem sido apli-
cada em outros países e o

posse de DROGAS

criminalização secundária e
violação de direitos

posse *de* DROGAS

criminalização secundária e
violação de direitos

Ana Carolina
de Paula Silva

posse
de DROGAS

criminalização secundária e
violação de direitos





Belo Horizonte | **São Paulo**
Av. Brasil, 1843, | Av. Paulista, 2444,
Savassi, Belo Horizonte, MG | 8º andar, cj 82
Tel.: 31 3261 2801 | Bela Vista – São Paulo, SP
CEP 30140-007 | CEP 01310-933

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Copyright © 2020, D'Plácido Editora.
Copyright © 2020, Ana Carolina de Paula Silva.

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios,
sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

Editor Chefe Plácido Araes

Editor Tales Leon de Marco

Produtora Editorial Bárbara Rodrigues

Capa, projeto gráfico Nathália Torres
(Imagens por Freepik e RawPixel)

Diagramação Nathália Torres

Catálogo na Publicação (CIP)

Silva, Ana Carolina de Paula
S586 Posse de drogas : criminalização e violação de direitos / Ana Carolina de Paula Silva. - 1.
ed. - Belo Horizonte, São Paulo : D'Plácido, 2020.
330 p.

ISBN 978-65-5589-033-4

1. Direito. 2. Direito Penal. 3. Uso, transporte ou guarda de substâncias entorpecentes. I. Título.

CDDir: 341.55553

Bibliotecária responsável: Fernanda Gomes de Souza CRB-6/2472

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



“Sabemos todos que a ‘guerra às drogas’ fracassou e que é preciso abrir o debate, confrontar experiências, explorar novas soluções.”

*Fernando Henrique Cardoso*¹

¹ DOMOSLAWSKI, Artur. **Política da droga em Portugal**: os benefícios da descriminalização do consumo de drogas. Tradução de Nuno Portugal Capaz. Varsóvia: Open Society Foundation, 2011, p. 5.

A todas as pessoas que acreditam que tabus devem ser debatidos abertamente em uma democracia e que esta deve se fundar na igualdade material de todos os cidadãos, independentemente da cor de sua pele. Aos pesquisadores e pesquisadoras que trabalhavam no Museu Nacional durante o incêndio, com os quais me solidarizei com lágrimas ao sentir profunda empatia por quem, assim como eu, acredita na educação pública, gratuita e de qualidade. A minha mãe, que me ensinou a acreditar em minhas potencialidades.

A Deus, fonte de todo o bem.
A minha mãe, que me ensinou o valor do trabalho e que o maior legado que poderia deixar aos filhos é a oportunidade de estudar, algo que ninguém poderia tirar de nós.

Aos amigos e amigas que me incentivaram neste processo de pesquisar e escrever, fizeram críticas de partes do trabalho, compreenderam minhas ausências e torceram com as pequenas vitórias representadas pela conclusão de cada capítulo – Tília, Lílian, Vivian, Renato, Milene, Andréa, Guilherme, André, Walter, Pestana.

Aos membros da banca, Cristiano Maronna e professora Luciana Boiteux, que chamaram a minha atenção para os avanços e retrocessos representados pela atual Lei de Drogas e para a relação a ser estabelecida entre pesquisadora e objeto, que deveria se distanciar da imparcialidade plena, por ter como premissa o fracasso da atual política de drogas e seus impactos, assim como à professora Mariângela Gomes, cujas críticas à seção de política criminal foram extremamente valiosas.

Ao professor Pierpaolo Bottini, que me deu aula de Direito Penal durante o primeiro ano da graduação, foi meu orientador durante o desenvolvimento de iniciação científica, por um ano, recomendou à Universidade de São Paulo que aceitasse minha candidatura ao intercâmbio, foi meu orientador durante a tese de láurea e agora durante o mestrado. Aprendi a admirá-lo pessoal e profissionalmente ao longo desses dez anos.

Sumário

Listas	15
Lista de gráficos.....	15
Lista de tabelas.....	15
Lista de abreviaturas e siglas.....	15
Prefácio	19
Apresentação	21
Introdução	23
1. O uso e o tráfico de drogas no Brasil: antecedentes históricos	29
1.1. A gênese do proibicionismo: a lei seca nos Estados Unidos.....	33
1.2. A adesão do Brasil à política criminal de drogas traçada internacionalmente.....	34
1.2.1. A primeira metade do século XX: o caráter sanitário da política.....	35
1.2.2. A segunda metade do século XX: o caráter bélico da política.....	46
1.2.3. Da redemocratização aos dias atuais.....	55

2. O uso e o tráfico de drogas na legislação brasileira	67
2.1. Previsão legal.....	68
2.2. Análise dos tipos penais à luz dos princípios de direito penal.....	70
2.2.1. Bem jurídico tutelado.....	70
2.2.2. Princípio da lesividade.....	78
2.2.3. Princípio da proporcionalidade.....	81
2.2.4. Princípio da legalidade e tipicidade penal.....	84
2.3. Diferenciação das condutas: tratamento doutrinário.....	85
2.4. Diferenciação das condutas: posição jurisprudencial.....	92
2.5. O tráfico e o uso de drogas em países ibéricos e latino-americanos.....	98
2.5.1. Países Ibéricos.....	100
2.5.1.1. Espanha.....	100
2.5.1.2. Portugal.....	109
2.5.2. Países Latino-Americanos.....	122
2.5.2.1. México.....	123
2.5.2.2. Chile.....	134
2.5.2.3. Argentina.....	141
2.5.2.4. Uruguai.....	149
3. Abordagem criminológica: critérios reais de distinção	159
3.1. Posse de drogas e criminalização secundária.....	161
3.1.1. O fator território na intervenção policial.....	165
3.1.2. A centralidade da atividade policial: do inquérito ao processo.....	173
3.2. Problemas sociais engendrados pela atual política de drogas.....	187
4. Propostas de diferenciação	195
4.1. Propostas provenientes do Poder Judiciário.....	197

4.1.1. Voto do Relator do Recurso – Ministro Gilmar Mendes.....	199
4.1.2. Voto-vista do Ministro Edson Fachin.....	205
4.1.3. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.....	210
4.2. Propostas provenientes do Poder Legislativo.....	215
4.2.1. Projeto de Lei do Senado nº 236/2012.....	216
4.2.2. Projeto de Lei nº 7.663, de 2010, de Osmar Terra.....	220
4.2.3. Projeto de Lei da Câmara nº 37/2013.....	224
4.2.4. Sugestão nº 8, de 2014, do Programa e-Cidadania.....	229
4.2.5. Sugestão nº 13, de 2017, de autoria do Instituto da Cannabis.....	234
4.2.6. Projeto de Lei do Senado nº 514/2017.....	236
4.2.7. Projeto de Lei nº 10.549, de 2018, de Paulo Teixeira.....	239
4.3. Propostas provenientes do Poder Executivo.....	241
4.3.1. Levantamento sobre legislação de drogas nas Américas e Europa e análise comparativa de prevalência de uso de drogas.....	242
4.3.2. Estudo técnico para a sistematização de dados sobre informações do requisito objetivo da Lei nº 11.343/2006.....	246
4.3.3. Decreto nº 9.761, de 11 de abril de 2019.....	252
4.4. Contribuições provenientes da sociedade civil.....	256
4.4.1. Nota Técnica do Instituto Igarapé.....	256
4.4.2. Pesquisas acadêmicas.....	260
4.4.2.1. Política de drogas e prisões em flagrante em São Paulo.....	260
4.4.2.2. Critérios objetivos e plantio de canábis.....	267
4.4.3. Anteprojeto de Lei da Comissão de Juristas responsável pela atualização da Lei de Entorpecentes.....	270
5. Posicionamento final: por uma regulamentação objetivo-jurídica.....	275

5.1. Criminalização <i>versus</i> descriminalização.....	276
5.2. Descriminalização e fixação de quantidades-limite.....	284
5.3. Alteração da política: Poderes (potencialmente) legitimados.....	290
5.3.1. O Recurso Extraordinário e o papel do Supremo Tribunal Federal.....	291
5.3.2. Competência para formulação de políticas públicas.....	299
Conclusão.....	303
Referências.....	313

Lista de gráficos

Gráfico 1 – Proporção dos países que adotaram critérios objetivos para distinguir uso (criminalização ou não) e tráfico

Gráfico 2 – Descriminalização e critérios objetivos da posse para uso pessoal por região

Lista de tabelas

Tabela 1 – Alteração no art. 28 da Lei de Drogas

Tabela 2 – Critérios objetivos propostos em diferentes cenários

Tabela 3 – Porcentagem de presos em flagrante na posse de maconha potencialmente beneficiados com critérios objetivos previstos em outros países

Tabela 4 – Porcentagem de presos em flagrante na posse de cocaína potencialmente beneficiados com critérios objetivos previstos em outros países

Lista de abreviaturas e siglas

AASP – Associação dos Advogados de São Paulo

Art(s). – Artigo(s)

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANAMED – Agência Nacional de Medicamentos
ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ARP – Associação pela Reforma Prisional
BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento
CAPs – Centros de Atenção Psicossocial
CBD – Canabidiol
CBDD – Comissão Brasileira sobre Drogas e Democracia
CESeC – Centro de Estudos de Segurança e Cidadania
CF – Constituição Federal
CICAD – Comissão Interamericana para
o Controle do Abuso de Drogas
CICO – Centro de Inteligência Contra o Crime Organizado
CNPCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
COFEPRIS – Comisión Federal para la Protección
contra Riesgos Sanitarios
CONICET – Conselho Nacional de Pesquisas Científicas e Técnicas
CP – Código Penal
CPP – Código de Processo Penal
DEA – Drug Enforcement Administration (órgão de repressão ao
tráfico dos Estados Unidos)
DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional
EMCDDA – Observatório Europeu da Droga
e da Toxicodependência
FEBRACT – Federação Brasileira de Comunidades Terapêuticas
FIOCRUZ – Fundação Oswaldo Cruz
FUNAI – Fundação Nacional do Índio
HIV – Vírus da Imunodeficiência Humana
IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
IC (Estatística) – Intervalo de Confiança

IC/PR – Instituto de Criminalística do Estado do Paraná
IDT – Instituto da Droga e da Toxicodependência
INE – Instituto Nacional de Estatística
INTA – Instituto Nacional de Tecnologia Agropecuária
IRCCA – Instituto para a Regulação e Controle de Canábis
ITTC – Instituto Terra, Trabalho e Cidadania
LSD – Dietilamida do Ácido Lisérgico
MDB – Movimento Democrático Brasileiro
MDMA – Metilenodioximetanfetamina
NEV – Núcleo de Estudos da Violência
NR – Nova Redação
NUPECRIM – Núcleo de Pesquisa em Criminologia e Política Penitenciária
OMS – Organização Mundial da Saúde
ONGs – Organizações Não Governamentais
ONU – Organização das Nações Unidas
PAMOH – Programa Aplicación del Enfoque del Modelo de Ocupación Humana en Programa de Tratamiento de Drogas y Alcohol para Adolescentes Infractores de la Ley
PBPD – Plataforma Brasileira de Política de Drogas
PCC – Primeiro Comando da Capital
PCP – Fenciclidina
PLC – Projeto de Lei da Câmara
PLS – Projeto de Lei do Senado
PM – Policial Militar
PPS – Partido Popular Socialista
PSD – Partido Social Democrático
PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira

PT – Partido dos Trabalhadores

QL(s) – Quantidade(s)-Limite

RE – Recurso Extraordinário

RENAS – Rede Nacional de Ação Social

SEJU – Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos

SENAD – Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas

SETEC/SR/DPF/RS – Setor Técnico-Científico do Departamento de Polícia Federal da Superintendência Regional no Rio Grande do Sul

SICAD – Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências

SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas

SMART – Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante

SNC – Sistema Nervoso Central

SUS – Sistema Único de Saúde

TJBA – Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

TJMS – Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul

TJPA – Tribunal de Justiça do Estado do Pará

TJSC – Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

THC – Tetra-hidrocanabinol

TTD – Tribunais de Tratamento de Drogas

UCAM – Universidade Cândido Mendes

UNODC – Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime

USP – Universidade de São Paulo

Prefácio

É com muita alegria que prefacio o livro da Mestra em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da USP, Ana Carolina de Paula Silva, após ter tido a honra de participar da Banca que aprovou com entusiasmo sua dissertação, orientada brilhantemente pelo Dr. Pierpaolo Bottini.

O tema do trabalho é um dos mais importantes hoje, pois envolve a análise de como a política de drogas impacta o sistema de justiça criminal no Brasil, que hoje já é o terceiro que mais encarcera pessoas no mundo, atuando de forma seletiva e racista no encarceramento injusto da juventude negra e periférica em nosso país.

A autora, formada em Direito também pela Universidade de São Paulo, desde a graduação vem desenvolvendo pesquisas em temas de intersecção entre as Ciências Criminais e os Direitos Humanos, e se propõe a pensar a política de drogas brasileira, articulando a prática dos tribunais e da jurisprudência a uma análise teórica dos dispositivos legais, além da perspectiva do direito comparado.

Na presente obra, Ana Carolina enfrenta um dos temas mais desafiadores e relevantes na política de drogas, que é justamente a ausência de distinção clara entre as figuras típicas do tráfico e da posse de drogas para uso pessoal na legislação brasileira e suas consequências no cotidiano dos tribunais, diante de que condenações usam como base quase que exclusivamente as declarações de policiais, tendo como consequência o reforço da seletividade social e racial do nosso sistema de justiça.

O trabalho traz, sob a perspectiva crítica e interdisciplinar, um estudo histórico e dogmático das leis de drogas e de direito comparado de países ibéricos e latino-americanos, e analisa exemplos de leis que

fazem a diferenciação entre usuário e traficante com base em critérios objetivos. A autora atesta a má técnica legislativa e conclui pela necessidade de uma regulamentação objetivo-jurídica baseada na fixação de quantidades-limites para realizar tal distinção, ao mesmo tempo em que denuncia a realidade do tratamento desigual entre ricos e pobres, brancos e negros e o racismo estrutural na atuação cotidiana da repressão. Muito relevante, ainda, a análise, realizada pela autora, do julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659 pelo Supremo Tribunal Federal, que ainda não foi concluído, mas que aponta para a descriminalização do usuário nos três votos já proferidos.

É com muita alegria que recomendo fortemente a leitura do presente trabalho, saudando a importância de termos cada vez mais mulheres, em especial mulheres negras, na academia, e publicando obras de relevância como esta!

Rio de Janeiro, 16 de Maio de 2020, 60º dia de isolamento social.

Luciana Boiteux

*Mestre (UERJ) e Doutora (USP) em Direito Penal e Criminologia.
Professora Associada de Direito Penal e Criminologia da UFRJ,
Coordenadora do Grupo de Pesquisas Política de Drogas e Direitos
Humanos do Laboratório de Direitos Humanos da UFRJ e Coordenadora
do Departamento de Política de Drogas do IBCCrim.*

Apresentação

por Pierpaolo Cruz Bottini

Apresentar o trabalho de pesquisa de Ana Carolina de Paula Silva é uma satisfação. Em primeiro lugar por se tratar de um tema relevante, com abordagens práticas e substância acadêmica, a revelar que os programas de pós-graduação de universidades públicas produzem boas e fundamentadas ideias, capazes de embasar com consistência políticas públicas de qualidade.

Em segundo lugar, por se tratar de uma obra que foi além do usual. Para fundamentar seus argumentos, Ana Carolina fez extensa análise de leis estrangeiras, bem como de sua aplicação e resultados, oferecendo aos interessados um panorama jurídico e sociológico a respeito do tema, que tem condições de fixar diretrizes para uma política sólida em tema tão sensível quanto as drogas. Mais do que isso, analisou a fundo votos de Ministros da Suprema Corte sobre a constitucionalidade de incriminar o porte de drogas para uso próprio e projetos de lei em andamento no Congresso Nacional.

Tudo isso para constatar que a política simplista da guerra às drogas não apenas fracassou como reforçou o problema que pretendia enfrentar. O tratamento penal de uma questão de saúde pública impediu o correto atendimento ao usuário e resultou no encarceramento em massa, no etiquetamento social, na estigmatização de um sem número de jovens e, em consequência, no crescimento do crime organizado.

No Brasil, a aprovação da Lei 11.343/06 aprofundou os efeitos nocivos de uma política já equivocada. Ainda que bem intencionada, no sentido de afastar a ameaça de prisão do usuário de drogas, a norma pecou por manter critérios subjetivos – como o contexto do delito e as características do autor – para distinguir o tráfico do uso de drogas,

criando um espaço cinzento no qual preconceitos de classe social e cor vicejam, revelados por estatísticas trágicas sobre os efetivos destinatários da sanção penal.

Mas o estudo não se limita à análise crítica. Vai além e propõe alternativas concretas, cumprindo sua função de apresentar propostas de aprimoramento político criminal. Com base nas já citadas análises de literatura e prática estrangeira, Ana Carolina discorre sobre critérios objetivos para diferenciar as diversas condutas típicas, definindo o papel dos atores institucionais nesse setor e tecendo corretas críticas às propostas de atribuir ao Poder Judiciário o papel de fixar parâmetros sem respaldo técnico ou legitimidade política.

Enfim, é um trabalho de fôlego, que vai além do lugar comum, tanto em fundamentos, como em proposições e fontes de pesquisa. Merece ser lido por acadêmicos e por formuladores de políticas públicas para que as diretrizes de programas voltados às drogas, nas palavras da própria autora, “solucionem problemas ao invés de reforçá-los”.

Introdução

O consumo de substâncias psicoativas, com a capacidade de alterar a consciência e a percepção, é observado em distintas culturas e civilizações no decorrer da História humana. Essa é uma prática milenar, que remonta a períodos tão remotos quanto aqueles em que o Antigo Egito, a Grécia Antiga ou o Império Romano viveram seu apogeu, pois os registros históricos revelaram o consumo de psicotrópicos como o álcool, o ópio, entre outros. As propriedades farmacológicas das folhas de coca motivaram seu uso pelos povos pré-colombianos da região andina, demonstrando que o consumo dessa e de outras drogas não se limitou a determinados períodos ou a certas geografias.

O estudo da atual conformação da política criminal de drogas brasileira, se feito em desconexão com relação à gênese do proibicionismo, que resultou na adoção da política por distintas sociedades de todas as regiões do globo, poderia levar à falsa sensação de que elas são um fenômeno social novo. Entretanto, a análise dos antecedentes históricos, em nível local e mundial, do controle das drogas, permite identificar que o que se viu alterado através dos tempos foi o modo de as sociedades lidarem com as substâncias, atualmente classificadas entre lícitas e ilícitas, em decorrência de um tratamento jurídico que se mostra apartado da categorização científica.

A política criminal de drogas aplicada na atualidade foi formulada durante todo o século XX, tendo em sua matriz um acentuado caráter xenofóbico e de exclusão dos estratos sociais mais baixos ou marginalizados, embora, oficialmente, os Estados tenham manifestado o interesse em promover a saúde e o bem-estar da população. Outro ponto a ser desmistificado consiste em identificar as intenções do próprio Estado

brasileiro ao adotar as políticas traçadas internacionalmente sobre a matéria, inicialmente nas Conferências de Xangai e, posteriormente, no âmbito da Organização das Nações Unidas, decisão que não se baseou somente em imposição dos Estados Unidos da América.

Desde a década de 1960, as políticas adotadas para apoiar o controle de drogas em âmbito internacional têm por premissa a criminalização das pessoas que produzem, vendem ou usam drogas. Vivia-se, então, na América Latina, um período de forte repressão política devido a ditaduras militares que alcançaram o poder em contraposição a uma suposta ameaça comunista, reflexo evidente da polarização ideológica que o mundo atravessou durante a Guerra Fria. De acordo com Nilo Batista, esse foi o período em que, no Brasil, foram criadas as condições necessárias para a adoção do modelo bélico de combate às drogas.

Posteriormente, com a abertura política e o processo de redemocratização, promulgou-se a Constituição Federal de 1988, que consagrou o delito de tráfico de drogas como equiparado a hediondo, o que foi concretizado pela Lei de Crimes Hediondos (nº 8.072/90), que, entre outras previsões, estabeleceu regime de cumprimento de pena mais gravoso a crimes dessa natureza. Desde então, tem-se observado um aumento constante no número de pessoas presas, e a seletividade do sistema penal foi escancarada ao se criar uma ampla divisão entre o sistema aplicável ao consumidor de drogas da classe média, que tem dinheiro para pagar pelo seu consumo, e o consumidor-traficante, morador de regiões pobres, que precisa vender as drogas para sustentar suas necessidades de consumo.

As diretrizes gerais em matéria de política de drogas no Brasil estão estabelecidas na Lei de Drogas (nº 11.343/06), que é um marco legislativo composto por avanços e retrocessos.

A atual lei colocou-se na vanguarda da disciplina da matéria com relação àquelas que a precederam, a considerar a forma de estruturação da política, que não é meramente repressiva, mas também tem por objetivos o desestímulo ao uso inicial de psicoativos e o incentivo à diminuição do consumo e dos riscos e danos associados ao uso indevido ou problemático.

Por outro lado, esse diploma legal contém traços de Direito Penal do Inimigo, já que apresenta parâmetros penais e processuais diversos do modelo liberal-clássico, sendo verdadeiro instrumento de antecipação da tutela punitiva. Há a tipificação de novos delitos e o delineamento de novos criminosos, trazendo um procedimento penal e uma punição

muito mais rigorosos para quem comete os delitos tipificados na lei, além da relativização de regras e garantias de direito, sob a justificativa de combater a criminalidade relacionada às drogas e responder a um anseio social.

Os recuos identificados no modo como a Lei de Drogas disciplina a matéria são atualmente alvo de questionamento por meio do Recurso Extraordinário nº 635.659, em trâmite no Supremo Tribunal Federal desde 2011, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Discute-se a constitucionalidade da tipificação das condutas de posse destinada ao consumo pessoal e de cultivo destinado a essa finalidade, consoante previsto no artigo 28, *caput* e § 1º.

Sobre o tema, encontram-se ao menos duas correntes de posicionamento, uma favorável e outra contrária. A primeira defende que o fato de a conduta não ser apenada com prisão é um sinal claro de que a posse de drogas para consumo pessoal não é uma conduta típica e que, portanto, não caberia descriminalizá-la. A lei seria, sob essa ótica, uma espécie de instrumento educativo ao usuário, embora o Estado o faça por meio do Direito Penal, a *ultima ratio* em um Estado Democrático de Direito.

A segunda corrente, por sua vez, sem se furtar ao debate acerca da constitucionalidade da tipificação da conduta, afirma que a manutenção do desvalor penal da conduta e seus reflexos sociais e de saúde devem ganhar centralidade na discussão. A política proibicionista falhou no cumprimento de seus objetivos declarados – promoção da saúde e do bem-estar da população – e a criminalização da conduta tem servido somente para agravar a situação social de países periféricos e a pandemia de doenças sexualmente transmissíveis.

De fato, a política criminal de drogas não conseguiu impedir o consumo de drogas, que tem se expandido a passos largos, assim como o comércio a nível global. Além disso, a violência relacionada ao ideário *war on drugs* tem-se mostrado mais nefasta que os danos causados pelo uso e pelo comércio da substância, com efeitos negativos sobre o bem-estar da população.

Os efeitos da política de drogas brasileira têm-se feito sentir principalmente sobre as pessoas mais pobres, conforme apontado em pesquisa realizada pelo Núcleo de Estudo da Violência da USP, já em 2011, que concluiu que, apesar da falta de dados consistentes sobre o tema, 80,28% dos presos por tráfico de drogas têm apenas até o primeiro grau completo. Contudo, os impactos da política mostram-se ainda mais

graves diante da falta de critérios legais objetivos diferenciadores entre as figuras da posse pessoal de drogas para o uso e o tráfico.

O art. 28, § 2º, da Lei de Drogas, prevê que a autoridade judicial determine a finalidade da posse das substâncias de acordo com alguns critérios elencados na lei – a natureza e quantidade da substância apreendida, o local e as condições da apreensão, as circunstâncias pessoais e sociais do agente, assim como sua conduta e seus antecedentes. Entretanto, no plano fático, da concreta aplicação legal, prevalece a “presunção de traficância”.

A “presunção de traficância” é uma conclusão a que chega o poder punitivo devida sobretudo à quantidade de drogas e às declarações dos policiais, que afastariam a classificação do crime de uso de “entorpecentes”, levariam à classificação provisória pelo crime de tráfico de drogas, e, por consequência, à presunção da intenção de traficar. Isso significa dizer que a presunção de traficância é o substituto jurisdicional criado para contornar a presunção de inocência. Por fim, o Judiciário tende a manter presas pessoas sob essas situações, e dificilmente elas são absolvidas ao fim do processo penal, a menos que assumam o ônus probatório e comprovem que são usuárias.

Em decorrência disso, na prática, situações idênticas são interpretadas de maneira distinta, a depender, sobretudo, de critérios socioeconômicos e etnicorraciais – características externas que evidenciam as condições sociais e pessoais, o que remonta à Teoria do *Labelling Approach* e à seletividade do sistema penal, ambas extensamente tratadas pela Criminologia Crítica.

Esse é um problema complexo, que evidencia verdadeira crise do Estado Democrático de Direito, já que os direitos fundamentais não são exercidos por todos os indivíduos em nossa sociedade de forma igualitária, e que, possivelmente, não será solucionado se a Suprema Corte julgar procedente o recurso mencionado. Nesse sentido, a presente pesquisa objetiva analisar criticamente os tipos penais de tráfico e uso de drogas, verificar quais critérios objetivos têm sido usados em outros países para se fazer a diferenciação entre ambas as condutas, e quais os possíveis reflexos de caráter jurídico-legal e social resultantes da falta desses critérios legais para diferenciar as condutas de posse.

Por fim, a pesquisa lançar-se-á às tentativas de propor a qual ou a quais Poderes caberia fazer a distinção entre as condutas de posse de drogas para tráfico e para uso, reformulando a política pública, e quais

seriam os critérios objetivos diferenciadores entre as condutas da posse de drogas para tráfico e para o consumo.

Assim, visa-se a apontar caminhos para a solução de uma questão que, por ser complexa, não se compatibiliza com respostas fáceis.

“

O trabalho traz, sob a perspectiva crítica e interdisciplinar, um estudo histórico e dogmático das leis de drogas e de direito comparado de países ibéricos e latino-americanos, e analisa exemplos de leis que fazem a diferenciação entre usuário e traficante com base em critérios objetivos. A autora atesta a má técnica legislativa e conclui pela necessidade de uma regulamentação objetivo-jurídica baseada na fixação de quantidades-limites para realizar tal distinção, ao mesmo tempo em que denuncia a realidade do tratamento desigual entre ricos e pobres, brancos e negros e o racismo estrutural na atuação cotidiana da repressão. Muito relevante, ainda, a análise, realizada pela autora, do julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659 pelo Supremo Tribunal Federal, que ainda não foi concluído, mas que aponta para a descriminalização do usuário nos três votos já proferidos.”

trecho do prefácio, por
Luciana Boiteux

