

Nota técnica - Critérios objetivos de distinção entre usuários e traficantes de drogas - cenários para o Brasil¹



INSTITUTO IGARAPÉ
a think and do tank

Agosto de 2015

A presente nota técnica visa avançar o debate sobre a determinação de critérios objetivos para diferenciar legalmente usuários e traficantes de drogas ilícitas. Este debate ganha importância diante do iminente julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF) do Recurso Extraordinário (RE) n. 635.659, o qual pede que a criminalização do porte para consumo de drogas seja declarada inconstitucional. Acreditamos que é chegada a hora do judiciário liderar o caminho da descriminalização neste que é um dos últimos países da América do Sul ainda a criminalizar usuários de drogas.²

A Lei de Drogas, n. 11.343/2006, apesar de ter trazido avanços reconhecidos, tais como a despenalização do usuário e o reconhecimento de políticas de prevenção e redução de danos, gerou impactos indesejados. Em seu art. 28, § 2º, ela elenca oito critérios legais de distinção entre o porte

para uso próprio e o tráfico de drogas: a quantidade e a natureza da substância apreendida; o local e as condições da ação; e as circunstâncias sociais e pessoais, a conduta e os antecedentes do agente. Juntos, formam um conjunto de critérios em sua maioria subjetivos, sendo de fato objetiva apenas a referência à natureza da substância apreendida, cuja ilicitude é fixada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Essa formulação tem se mostrado insuficiente. O critério da quantidade, potencialmente objetivo, acabou ficando em aberto, sem indicação clara de parâmetros de distinção, o que gera uma insegurança visível na aplicação da lei.³ É exatamente esta a lacuna que a presente nota almeja preencher.

Partimos do diagnóstico atual de superencarceramento insustentável, movido em muito pelo recente crescimento exponencial da população presa por tráfico de drogas. A maioria dos presos provisórios e

¹ Essa nota é fruto de uma ação coordenada pelo Instituto Igarapé da qual participaram e apoiam os especialistas subscritos ao final do documento.

² Decisões semelhantes foram tomadas pelas cortes supremas da Argentina e da Colômbia.

³ CAMPOS, M. S. Drogas e justiça criminal em São Paulo: Conversações. **Sistema Penal e Violência**, v. 5, n. 1, p. 120-132, jan/jul, 2013. Além disso, a chance de uma pessoa ser incriminada por tráfico em vez de uso aumentou quatro vezes no ano de 2009 em relação ao ano de 2004 na capital paulista. A pesquisa indica que nenhum dos critérios elencados na Nova Lei de Drogas explica estatisticamente tal aumento, sendo o ano da apreensão a variável de maior impacto. Ver CAMPOS, M. S. **Pela metade**: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo. 2015. Tese de doutorado em Sociologia – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo.



condenados por tráfico de drogas no Brasil é composta de réus primários, que levavam consigo pequenas quantidades de substância ilícita, flagrados em operações de policiamento de rotina, desarmados, sem provas de envolvimento com a criminalidade organizada.⁴ Certamente não é o perfil que o legislador tinha em mente ao buscar caracterizar o traficante violento que de fato apresenta perigo para a sociedade e que deve ter suspensa sua liberdade – parece muito mais tratar-se de um usuário.

A Lei de Drogas, na busca pela justiça no caso concreto, gerou muita insegurança e decisões contraditórias. Mesmo quando o Judiciário desclassifica uma conduta para porte de drogas para consumo pessoal, reconhecendo não haver traficância, é frequente que o acusado esteja preso cautelarmente há alguns meses. Em Salvador, por exemplo, a média de prisão cautelar entre indivíduos ao final reconhecidos pela Justiça como usuários é de 150 dias.⁵

Posto isso, se a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 for reconhecida, como podem e creem que deve ser feito o recorrente e os *amici curiae* no RE 635.659, é preciso refletir sobre os efeitos desta decisão sobre as práticas judiciária e policial cotidianas, que ainda carecerão de maior segurança na hora de decidir sobre a aplicabilidade do art. 33.

Nesse sentido, propomos o estabelecimento de parâmetros objetivos a partir dos quais os agentes públicos possam valorar o critério

legal da quantidade da droga, de acordo com a sua natureza, na apreciação dos casos concretos. Essa necessidade já foi reconhecida pelo STF no Hábeas Corpus n. 127.986.

São parâmetros com natureza de presunção relativa, baseados na experiência internacional, nos padrões nacionais de consumo de drogas ilícitas, e na própria jurisprudência da Corte, mas que podem ser desconsiderados fundamentadamente pelo juiz competente, se os demais critérios legais indicarem o contrário. Além disso, essa diferenciação não abrange os casos de venda de drogas ilícitas, considerando que essa não é uma das condutas previstas no atual artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Deste modo, propomos três cenários de quantidades, que levam à presunção relativa de que a posse da substância ilícita, até o respectivo patamar, destina-se ao consumo pessoal. Para elaborá-los, levamos em conta acervo referencial teórico mais confiável nas áreas médica, jurídica e político-criminal, como a Pesquisa Nacional sobre Uso de Crack,⁶ e depoimentos de profissionais da área médico-científica e de usuários de drogas ilícitas, levantados com o método Delphi. Centramo-nos sobre as substâncias ilícitas mais frequentemente apreendidas no Brasil: a maconha e a cocaína, incluída nesta última também o crack.

⁴ JESUS, M. G.; M. OI, A. H.; ROCHA, T. T.; LAGATTA, P. **Prisão provisória e lei de drogas**: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. Núcleo de Estudo da Violência da Universidade de São Paulo, 2011. BOITEUX, L.; WIECKO, E (Coord.). **Tráfico de Drogas e Constituição**. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. GOMES, M. T. U. **Estudo técnico para sistematização de dados sobre informações do requisito objetivo da Lei 11.343/2006**. Secretaria de Estado de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos, Curitiba, 2014.

⁵ OBSERVATÓRIO DA PRÁTICA PENAL. **Anuário Soteropolitano da Prática Penal 2014**. Escola Superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia, 2015, p. 119.

⁶ BASTOS, F. I.; BERTONI, N. (org.) **Pesquisa Nacional sobre o Uso de Crack**. Fundação Oswaldo Cruz, 2014, p. 60-61. Disponível em: [http://www.icict.fiocruz.br/sites/www.icict.fiocruz.br/files/Pesquisa %20Nacional%20sobre%20o%20Uso%20de%20Crack.pdf](http://www.icict.fiocruz.br/sites/www.icict.fiocruz.br/files/Pesquisa%20Nacional%20sobre%20o%20Uso%20de%20Crack.pdf).



Consideramos ainda que o cultivo de cannabis destinadas à preparação de pequena quantidade de maconha, conduta prevista no art. 28 §1º, apresenta profunda conexão com as condutas previstas no caput do mesmo artigo – objeto do RE supracitado. Deste modo, defendemos que sua

inconstitucionalidade deve ser reconhecida por arrastamento. Portanto, para evitar possíveis erros que levem ao enquadramento no inciso II do §1º do art. 33, julgamos que devem ser adotados parâmetros objetivos fixando também a quantidade de plantas que poderão ser cultivadas pelo usuário.

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

Substâncias	Cenário 1	Cenário 2	Cenário 3
Maconha (gramas)	25g	40g	100g
Maconha (pés fêmeas florindo)	6 pés	10 pés	20 pés
Cocaína/Crack ⁸ (gramas) ⁹	10g	12g	15g

Cada um desses diferentes cenários poderá produzir impactos distintos no enfrentamento dos problemas acima mencionados.¹⁰ O cenário mais conservador fica aquém do objetivo de reverter os efeitos adversos indesejados da insegurança na aplicação da lei 11.343/2006, por isso indicamos que o

mais adequado para a realidade brasileira é uma quantidade de referência fixa entre os cenários 2 e 3. Alguns signatários da nota, inclusive, rejeitam o primeiro cenário, pois temem que o seu efeito seja negativo. É preciso ser realista e responsável na apreciação dos cenários: alertamos o perigo

⁷ As quantidades propostas são baseadas na experiência de psiquiatras, pesquisadores, neurocientistas e usuários de drogas, levantadas utilizando o método Delphi de coleta e análise sistemática de informações de especialistas. Além disso, fazem referência a legislações internacionais de países como Áustria, Espanha, Portugal e Uruguai e a pesquisas sobre padrões de uso no Brasil: BORINI, P.; GUIMÁRAES, R. C.; BORINI, S. B. Usuários de drogas ilícitas internados em hospital psiquiátrico: padrões de uso e aspectos demográficos e epidemiológicos. *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, v. 52, n. 3, p. 175-176, 2013. Disponível em: <http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/TECNOLOGIAS%20EM%20SAUDE/Pesquisa/QualidadesPsicomtricasQLS_2003.pdf> e BASTOS, F. I.; BERTONI, N. (op. cit).

⁸ A experiência dos EUA em definir tratamentos penais diferentes uma mesma quantidade de crack e cocaína tem sido denunciada como discriminatória e desproporcional. Trata-se da mesma substância ilícita (cocaína), consumida de formas diferentes. A adoção de penas mais graves para o consumo de crack atinge desproporcionalmente a população mais pobre, em comparação com a população mais rica, que tem acesso à cocaína em pó. Para mais informações sobre o debate nos EUA, ver THE SENTENCING PROJECT, **Federal Crack Cocaine Sentencing**, s.d. Disponível em: <http://sentencingproject.org/doc/publications/dp_CrackBriefingSheet.pdf>.

⁹ Apesar da notação corrente de quantidade de crack ser a de “pedras,” as mesmas não possuem um padrão, gerando uma insegurança na hora da avaliação do material apreendido. Os usuários tampouco utilizam uma quantidade fixa de “pedras” por dias. Baseamos esse apontamento em levantamentos de peso médio de pedras apreendidas, 0,3 gramas em média, o que contempla cerca de 45 pedras no Cenário 3, quantidade de pedras compatível com os padrões de uso levantados em BASTOS, F. I.; BERTONI, N. (op. cit). Entretanto, decisões judiciais como o acórdão do Desembargador Joaquim Domingos de Almeida Neto sobre o HC 0065051- 65.2014.8.19.0000 da Sétima Câmara Criminal do Rio de Janeiro, julgado no dia 31/01/2015, chegaram a reconhecer como porte para consumo a quantidade de 44,5g de crack, o triplo da quantidade apontada no Cenário 3, por não haver outros indícios de traficância.

¹⁰ Para um mapeamento preliminar de impactos da adoção de critérios objetivos no encarceramento, ver CARLOS, J. O. Drug policy and incarceration in São Paulo, Brazil. **IDPC Briefing Paper**, jun. 2015.



da adoção de critérios muito baixos, incompatíveis com os padrões de uso brasileiros, que resultariam no efeito oposto ao pretendido. Critérios objetivos muito baixos aumentam o encarceramento e agravam a crise do sistema penitenciário, como nos mostra o exemplo recente do México.¹¹

Cabe ainda ressaltar que a adoção de qualquer modelo de critério objetivo de distinção não leva à caracterização automática daqueles flagrados portando quantidades acima das indicadas como traficantes. A indicação de quantidades de

referência deve servir apenas como base para orientar os aplicadores da lei sobre o perfil do usuário, permanecendo a necessidade de caracterizar atividade de tráfico que justifique a invocação do art. 33.

Ao oferecer esta nota ao debate, os subscritores esperam contribuir para uma reflexão séria, feita com base em dados e evidências concretas, diante da necessidade de se transmitir sinalizações claras e justas para uniformizar a aplicação da Lei de Drogas no Brasil, reduzir as injustiças e efetivar princípios e garantias constitucionais.

Assinam essa nota os seguintes:

Aldo Zaiden, Psicanalista e membro da Rede Pense Livre (RPL)

Ana Maria Costa, Médica, presidenta do Centro Brasileiro de Estudos da Saúde e coordenadora Geral da Associação Latino-americana de Medicina Social

Ana Paula Pellegrino, Pesquisadora do Instituto Igarapé e coordenadora da RPL

Andrea Gallassi, Professora adjunta de Terapia Ocupacional e coordenadora-geral do Centro de Referência sobre Drogas e Vulnerabilidades Associadas da Universidade de Brasília (UnB)

André Luis Machado de Castro, Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro **Antonio Lancetti**, Psicanalista e militante histórico da reforma psiquiátrica brasileira **Carolina Haber**, Diretora de pesquisa da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Cristiano Maronna, Vice-presidente do IBCCRIM, secretário-executivo da Plataforma Brasileira de Política de Drogas (PBPD) e membro da RPL

Daniella Vitagliano, Defensora pública do Estado do Rio de Janeiro e membro do Grupo de Trabalho de drogas da Defensoria do RJ

Daniel Lozoya, Defensor público do Estado do Rio de Janeiro e membro do Grupo de Trabalho de

¹¹ HERNANDEZ, A. P. Drug legislation and the prison situation in Mexico. In: TRANSNATIONAL INSTITUTE, WASHINGTON OFFICE ON LATIN AMERICA. **Systems overload** – drug laws and prisons in Latin America, 2011. TIJANERO, J. H.; ANGLAS, C. Z. **Mexico: the law against small-scale drug dealing**. Transnational Institute, 2009.



drogas da Defensoria do RJ

Daniel Nicory, Defensor público do Estado da Bahia e membro da RPL

Dartiu Xavier da Silveira, Psiquiatra, professor da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp) e diretor do Programa de Orientação e Atendimento a Dependentes

Diogo Busse, Advogado e membro da RPL

Edmar Bacha, Diretor do Instituto de Estudos de Política Econômica/Casa das Garças

Elisaldo Carlini, Médico psicofarmacologista e professor-emérito da Unifesp

Emanuel Queiroz Rangel, Defensor público do Estado do Rio de Janeiro e membro do Grupo de Trabalho de drogas da Defensoria do RJ

Emilio Figueiredo, Advogado e consultor jurídico do Growroom

Francisco Inácio Bastos, Médico, pesquisador da Fiocruz e coordenador da Pesquisa Nacional sobre o uso de Crack

Gabriel Santos Elias, Coordenador de relações institucionais da PBPD e membro da RPL

Ilona Szabó de Carvalho, Diretora executiva do Instituto Igarapé, coordenadora-executiva da Comissão Global de Políticas sobre Drogas e membro da RPL

João Pedro Pádua, Advogado, professor de direito da Universidade Federal Fluminense e membro da RPL

José Gomes Temporão, médico-sanitarista, ex-Ministro da Saúde

José Henrique Rodrigues Torres, Juiz de direito, membro da Associação Juizes para a Democracia

Julita Lemgruber, Coordenadora do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania da Universidade Cândido Mendes.

Luciana Boiteux, Professora adjunta de direito penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro

Marcelo da Silveira Campos, Professor da Universidade Federal da Grande Dourados e membro da RPL

Maria Rita Khel, Psicanalista, escritora e ex-membro da Comissão Nacional da Verdade **Marina Dias**, Advogada criminal e membro do grupo de trabalho jurídico da PBPD **Mauricio Fiore**, Coordenador científico da PBPD, diretor do Cebrap e membro da RPL



Melina Risso, Conselheira do Instituto Igarapé, coordenadora do Projeto Legado e membro da RPL

Michael Freitas Mohallem, Professor da Fundação Getúlio Vargas – Direito do Rio de Janeiro

Paulo Busse, Advogado e membro da RPL

Paulo Gadelha, Presidente da Fiocruz e da Comissão Brasileira de Drogas e Democracia

Paulo Orlandi Mattos, Farmacêutico e pesquisador da Unifesp

Paulo Vannuchi, ex-ministro de Direitos Humanos, representante do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização de Estados Americanos e diretor do Instituto Lula

Pedro Abramovay, Diretor para a América Latina da Open Society Foundations e membro da RPL

Pedro Carriello, Defensor público do Estado do Rio de Janeiro e membro do Grupo de Trabalho de drogas da Defensoria do RJ

Pierpaolo Cruz Bottini, Advogado criminalista

Renato Filev, pesquisador da Unifesp e do Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre Psicoativos e membro da RPL

Renato Malcher, Neurocientista, professor do Departamento de Ciências Fisiológicas da UnB e membro do International Centre for Science in Drug Policy

Ricardo André Souza, Defensor público do Estado do Rio de Janeiro e membro do Grupo de Trabalho de drogas da Defensoria do RJ

Roberto Tykanori, Psiquiatra e Coordenador Nacional de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas do Ministério da Saúde

Rodrigo Baptista Pacheco, 2º Subdefensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro

Rogério Sottili, Secretário-adjunto de Direitos Humanos e Cidadania da Prefeitura de São Paulo

Rogério Pacheco Alves, Promotor de justiça do Rio de Janeiro

Rubem César Fernandes, Diretor executivo do Viva Rio

Sidarta Ribeiro, Diretor do Instituto do Cérebro da Universidade Federal do Rio Grande do Norte

