

# 10 ANOS DA LEI DE DROGAS

ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS,  
DOGMÁTICOS E POLÍTICO-CRIMINAIS

Érika Mendes de Carvalho  
Gustavo Noronha de Ávila  
[Orgs.]

10 ANOS DA  
LEI DE DROGAS  
ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS,  
DOGMÁTICOS E POLÍTICO-CRIMINAIS

Érika Mendes de Carvalho  
Gustavo Noronha de Ávila

[Orgs.]

ISBN 978-85-8425-368-5



9 788584 253685

A Lei 11.343/2006, conhecida como *Lei de Drogas*, faz aniversário no dia 24 de agosto de 2016. Completa 10 anos de existência e nada há para ser comemorado. A avassaladora intervenção criminalizadora operada em 2006 contribuiu decisivamente para o incremento da população carcerária nacional e, ao longo da última década, foi alvo preferencial de importantes controvérsias doutrinais e jurisprudenciais.

Justamente as mais significativas delas foram reunidas na presente obra que o leitor (a) tem em mãos - *10 Anos da Lei de Drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais*. Dela participam destacados nomes do cenário jurídico nacional e internacional, pesquisadores e pesquisadoras que apontaram os obstáculos, os desafios, as falácias e as impropriedades da política de drogas nacional. Os trabalhos, em grande parte inéditos, desnudam um cenário francamente desolador. Mas também apontam caminhos, tecem reflexões profundas e assinalam perspectivas inovadoras do ponto de vista criminológico e dogmático.

1. A LEI 11.343/2006 E A AUTOFAGIA DO SISTEMA PENAL NOS CRIMES DE DROGAS

*Marcus Alan de Melo Gomes*

2. A POLÍTICA PROIBICIONISTA DE DROGAS: OLHARES SOBRE A GUERRA BRASILEIRA

*Leonardo Marcondes Machado*

3. A PROIBIÇÃO DA *SALVIA DIVINORUM*

*Rafael Maciel Artuzo; Túlio Vianna*

4. AQUI É VENENO! TRÁFICO DE DROGAS, CULTURA DA INSTITUCIONALIZAÇÃO E O DESTINO DAS ADOLESCENTES AUTORAS DE ATO INFRAACIONAL

*Isadora Vier Machado*

5. DIREITOS HUMANOS E O TRÁFICO DE DROGAS: A REPERCUSSÃO DO CASO "MATEMÁTICO" NAS REDES SOCIAIS DESDE UM DEBATE CONCRETO

*Gustavo Noronha de Ávila; Vera Maria Guilherme*

6. ENCARCERAMENTO EM MASSA E CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA: PONDERAÇÕES SOBRE OS EFEITOS BIOPOLÍTICOS DA GUERRA ÀS DROGAS

*Pablo Ornelas Rosa; Humberto Ribeiro Junior; Clécio Lemos*

7. EXPERIÊNCIAS FEMININAS, TRÁFICO DE DROGAS E REDUÇÃO DE DANOS: A VIOLÊNCIA DE GÊNERO COMO FUNDAMENTO PARA O RECONHECIMENTO DA CO-CULPABILIDADE COMO ATENUANTE DE PENA

*Soraia da Rosa Mendes*

8. FALANDO DE DROGAS PARA MÉDICOS

*Luís Carlos Valois*

9. "GUERRA ÀS DROGAS" E (DE) FORMAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

*Édson Luís Baldan*

10. GUERRA ÀS DROGAS NO BRASIL: UM LABELING APPROACH ÀS AVESSAS?

*Andreza Cristina Mantovani; Luiz Rosado Costa*

11. HORIZONTE DE PROJEÇÃO DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA NA POLÍTICA DE DROGAS NO BRASIL

*Adrian Barbosa e Silva*

12. IMPACTO DA LEI 11.343/06 NO ENCARCERAMENTO E POSSÍVEIS ALTERNATIVAS

*Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo; Laura Girardi Hypolito*

13. "MULHER DOS IRMÃO": BREVES REFLEXÕES SOBRE MULHERES NO TRÁFICO DE DROGAS EM SÃO PAULO

*Paula Pereira Gonçalves Alves; Victor Siqueira Serra*

14. O DISCURSO DE COMBATE ÀS DROGAS E O IMAGINÁRIO DA MAGISTRATURA: UM ESTUDO SOBRE O FUNDAMENTO DO ENCARCERAMENTO JUVENIL EM RECIFE, PE

*Érica Babini Lapa do Amaral Machado; Jéssica Maria Nogueira Bezerra de Carvalho*

15. O SUBSISTEMA PENAL DE DROGAS NO MARCO DE DEZ ANOS DE SUA VIGÊNCIA

*Marco Alexandre de Souza Serra*

16. POLÍTICA DE DROGAS NO BRASIL: DESAFIOS E SOLUÇÕES

*Neemias Moretti Prudente*

17. POR UM NOVO SISTEMA PARA LIDAR COM AS DROGAS

*Diego Augusto Bayer; Cidânia Aparecida Locatelli; Júlia Tasca*

18. PROHIBICIÓN DE LAS DROGAS EN SOCIEDADES ABIERTAS

*Sebastian Scheerer*

# 10 Anos da lei de drogas: Aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais

Érika Mendes de Carvalho  
Gustavo Noronha de Ávila  
[Orgs.]

Adrian Barbosa e Silva  
Alexandre Morais da Rosa  
Andreza Paula de Andrade  
Andreza Cristina Mantovani  
Antonio Eduardo Ramires Santoro,  
Antonio J. de F. Pêcego  
Carlos Hélder Mendes  
Cidânia Aparecida Locatelli  
Clécio Lemos  
Daiane Ayumi Kassada  
Décio Franco David  
Diego Augusto Bayer  
Édson Luís Baldan  
Elaine Pimentel  
Érica Babini Lapa do Amaral Machado  
Érika Mendes de Carvalho  
Gustavo Noronha de Ávila  
Gustavo Trento Christoffoli  
Hugo Leonardo Rodrigues Santos  
Humberto Ribeiro Junior  
Isadora Vier Machado  
Jéssica Maria Nogueira Bezerra de Carvalho  
Júlia Tasca  
Laura Girardi Hypolito  
Leonardo Marcondes Machado  
Luciano Santos Lopes  
Luís Carlos Valois  
Luiz Henrique Bianchi Madera  
Luiz Rosado Costa  
Marco Alexandre de Souza Serra

Marcus Alan de Melo Gomes  
Mauro Fonseca Andrade  
Nara Borgo Cypriano Machado  
Natália Lucero  
Neemias Moretti Prudente  
Nilo Cezar Martins Pompílio da Hora  
Pablo Ornelas Rosa  
Pablo Rodrigo Alflen  
Paula Pereira Gonçalves Alves  
Paulo César Busato  
Rafael Altoé  
Rafael Maciel Artuzo  
Ricardo Alves Domingues  
Rodrigo da Silva Brandalise  
Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo  
Sebastian Scheerer  
Soraia da Rosa Mendes  
Túlio Vianna  
Vera Maria Guilherme  
Victor Siqueira Serra  
Yuri Felix

  
D'PLÁCIDO  
EDITORA

Copyright © 2016, D'Plácido Editora.  
Copyright © 2016, Os Autores.

**Editor Chefe**  
*Plácido Arraes*

**Produtor Editorial**  
*Tales Leon de Marco*

**Capa**  
*Leticia Robini de Souza*

**Diagramação**  
*Bárbara Rodrigues da Silva*



**Editora D'Plácido**  
Av. Brasil, 1843, Savassi  
Belo Horizonte - MG  
Tel.: 3261 2801  
CEP 30140-007

Catálogo na Publicação (CIP)  
Ficha catalográfica

10 Anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais.  
CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. [Orgs.] -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

Bibliografia  
ISBN: 978-85-8425-368-5

1. Direito 2. Direito Penal 3. Criminologia I. Título II. Artigos

CDU 343.2/7

CDD 341.5

## Sumário

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<i>Érika Mendes de Carvalho</i> <i>Gustavo Noronha de Ávila.</i>	
<b><u>EIXO CRIMINOLÓGICO E POLÍTICO-CRIMINAL</u></b>	
<b>1. A LEI 11.343/2006 E A AUTOFAGIA DO SISTEMA PENAL NOS CRIMES DE DROGAS</b> .....	<b>13</b>
<i>Marcus Alan de Melo Gomes</i>	
<b>2. A POLÍTICA PROIBICIONISTA DE DROGAS: OLHARES SOBRE A GUERRA BRASILEIRA</b> .....	<b>27</b>
<i>Leonardo Marcondes Machado</i>	
<b>3. A PROIBIÇÃO DA <i>SALVIA DIVINORUM</i></b> .....	<b>49</b>
<i>Rafael Maciel Artuzo</i> <i>Túlio Vianna</i>	
<b>4. AQUI É VENENO! TRÁFICO DE DROGAS, CULTURA DA INSTITUCIONALIZAÇÃO E O DESTINO DAS ADOLESCENTES AUTORAS DE ATO INFRACIONAL</b> .....	<b>79</b>
<i>Isadora Vier Machado</i>	
<b>5. DIREITOS HUMANOS E O TRÁFICO DE DROGAS: A REPERCUSSÃO DO CASO "MATEMÁTICO" NAS REDES SOCIAIS DESDE UM DEBATE CONCRETO</b> .....	<b>103</b>
<i>Gustavo Noronha de Ávila</i> <i>Vera Maria Guilherme</i>	

<b>6. ENCARCERAMENTO EM MASSA E CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA: PONDERAÇÕES SOBRE OS EFEITOS BIOPOLÍTICOS DA GUERRA ÀS DROGAS</b> .....	<b>121</b>
<i>Pablo Ornelas Rosa</i>	
<i>Humberto Ribeiro Junior</i>	
<i>Clécio Lemos</i>	
<b>7. EXPERIÊNCIAS FEMININAS, TRÁFICO DE DROGAS E REDUÇÃO DE DANOS: A VIOLÊNCIA DE GÊNERO COMO FUNDAMENTO PARA O RECONHECIMENTO DA CO-CULPABILIDADE COMO ATENUANTE DE PENA</b> .....	<b>155</b>
<i>Soraia da Rosa Mendes</i>	
<b>8. FALANDO DE DROGAS PARA MÉDICOS</b> .....	<b>171</b>
<i>Luís Carlos Valois</i>	
<b>9. "GUERRA ÀS DROGAS" E (DE) FORMAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL</b> .....	<b>187</b>
<i>Édson Luís Baldan</i>	
<b>10. GUERRA ÀS DROGAS NO BRASIL: UM LABELING APPROACH ÀS AVESSAS?</b> .....	<b>199</b>
<i>Andreza Cristina Mantovani</i>	
<i>Luiz Rosado Costa</i>	
<b>11. HORIZONTE DE PROJEÇÃO DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA NA POLÍTICA DE DROGAS NO BRASIL</b> .....	<b>215</b>
<i>Adrian Barbosa e Silva</i>	
<b>12. IMPACTO DA LEI 11.343/06 NO ENCARCERAMENTO E POSSÍVEIS ALTERNATIVAS</b> .....	<b>243</b>
<i>Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo</i>	
<i>Laura Girardi Hyppolito</i>	
<b>13. "MULHER DOS IRMÃO": BREVES REFLEXÕES SOBRE MULHERES NO TRÁFICO DE DROGAS EM SÃO PAULO</b> .....	<b>263</b>
<i>Paula Pereira Gonçalves Alves</i>	
<i>Victor Siqueira Serra</i>	

<b>14. O DISCURSO DE COMBATE ÀS DROGAS E O IMAGINÁRIO DA MAGISTRATURA: UM ESTUDO SOBRE O FUNDAMENTO DO ENCARCERAMENTO JUVENIL EM RECIFE, PE</b> .....	<b>281</b>
<i>Érica Babini Lapa do Amaral Machado</i>	
<i>Jéssica Maria Nogueira Bezerra de Carvalho</i>	
<b>15. O SUBSISTEMA PENAL DE DROGAS NO MARCO DE DEZ ANOS DE SUA VIGÊNCIA</b> .....	<b>305</b>
<i>Marco Alexandre de Souza Serra</i>	
<b>16. POLÍTICA DE DROGAS NO BRASIL: DESAFIOS E SOLUÇÕES</b> .....	<b>329</b>
<i>Neemias Moretti Prudente</i>	
<b>17. POR UM NOVO SISTEMA PARA LIDAR COM AS DROGAS</b> .....	<b>355</b>
<i>Diego Augusto Bayer</i>	
<i>Cidânia Aparecida Locatelli</i>	
<i>Júlia Tasca</i>	
<b>18. PROHIBICIÓN DE LAS DROGAS EN SOCIEDADES ABIERTAS</b> .....	<b>379</b>
<i>Sebastian Scheerer</i>	
<b>19. REPERCUSSÕES POLÍTICO-CRIMINAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA EQUIPARAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO COMO CRIME HEDIONDO NO SISTEMA PRISIONAL FEMININO</b> .....	<b>393</b>
<i>Elaine Pimentel</i>	
<i>Hugo Leonardo Rodrigues Santos</i>	
<b>20. USUÁRIO E TRAFICANTE DE DROGAS: A SELETIVIDADE PENAL NA LEI N. 11.343/2006</b> .....	<b>417</b>
<i>Nara Borgo Cypriano Machado</i>	

#### EIXO DOGMÁTICO E POLÍTICO-CRIMINAL

<b>21. A BANALIZAÇÃO DA BUSCA E APREENSÃO NOS CRIMES DE TRÁFICO</b> .....	<b>439</b>
<i>Alexandre Morais da Rosa</i>	

22. A DIFÍCIL DISTINÇÃO FORENSE DO TRÁFICO E DO  
PORTE PARA USO PRÓPRIO DE DROGAS: UM CONTRIBUTO  
DA CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO.....453

*Paulo César Busato*

23. A INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO  
DA POSSE PARA USO DE ENTORPECENTES: A  
QUESTÃO DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO.....475

*Luciano Santos Lopes*

*Antonio J. de F. Pêcego*

24. A MATERIALIDADE DELITIVA NOS CRIMES DEFINIDOS  
PELA LEI 11.343/06: ALGUNS ASPECTOS CONTROVERTIDOS.....493

*Rafael Altoé*

*Ricardo Alves Domingues*

25. A ANÁLISE JUDICIAL DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE  
SEGUNDO A LEI DE DROGAS: LINHAS PARA UMA NECESSÁRIA  
ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL.....517

*Mauro Fonseca Andrade*

*Rodrigo da Silva Brandalise*

26. ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA LEI 11.343  
ENTRE 2006 E 2016: LEITURAS CONSTITUCIONAIS – ENTRE  
O PROIBICIONISMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....531

*Andressa Paula de Andrade*

27. BUSCA E APREENSÃO DE DROGAS COM VIOLAÇÃO  
DE DOMICÍLIO: UM ESTUDO DE CASO PARTICIPANTE  
DA UPP DA CIDADE DE DEUS.....563

*Antonio Eduardo Ramires Santoro*

*Nilo Cezar Martins Pompílio da Hora*

*Natália Lucero*

28. CONSTATAÇÕES SOBRE A POLÍTICA REPRESSIVA  
ANTIDROGAS: SELETIVIDADE PENAL E FALÁCIA  
DO BEM JURÍDICO SAÚDE PÚBLICA.....585

*Décio Franco David*

*Gustavo Trento Christoffoli*

29. DA DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO DE  
DROGAS PARA O CONSUMO PESSOAL DE ENTORPECENTES:  
COMO O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO TEM  
LIDADO COM A RELAÇÃO DESTE MECANISMO PROCESSUAL  
PENAL EM FACE DAS REGRAS DE COMPETÊNCIA?.....611

*Daiane Ayumi Kassada*

*Luiz Henrique Bianchi Madera*

30. FALSOS BENS JURÍDICOS E POLÍTICA CRIMINAL  
DE DROGAS: UMA APROXIMAÇÃO CRÍTICA.....631

*Érika Mendes de Carvalho*

*Gustavo Noronha de Ávila*

31. SOBRE A TÉCNICA LEGISLATIVA EM  
MATÉRIA PENAL NA LEI DE DROGAS.....661

*Pablo Rodrigo Alflen*

32. TRÁFICO PRIVILEGIADO E O CARÁTER DE CRIME NÃO  
HEDIONDO: JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS*  
118.533 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....685

*Yuri Felix*

*Carlos Hélder Mendes*

AUTORES.....701

## Apresentação

A Lei 11.343/2006, conhecida como *Lei de Drogas*, faz aniversário no dia 24 de agosto de 2016. Completa 10 anos de existência e nada há para ser comemorado. A avassaladora intervenção criminalizadora operada em 2006 contribuiu decisivamente para o incremento da população carcerária nacional e, ao longo da última década, foi alvo preferencial de importantes controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

Justamente as mais significativas delas foram reunidas na presente obra que o leitor (a) tem em mãos - *10 Anos da Lei de Drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais*. Dela participam destacados nomes do cenário jurídico nacional e internacional, pesquisadores e pesquisadoras que apontaram os obstáculos, os desafios, as falácias e as impropriedades da política de drogas nacional. Os trabalhos, em grande parte inéditos, desnudam um cenário francamente desolador. Mas também apontam caminhos, tecem reflexões profundas e assinalam perspectivas inovadoras do ponto de vista criminológico e dogmático.

Estruturamos a obra coletiva em torno de dois eixos principais: o criminológico e o dogmático, ambos orientados por considerações de cunho político criminal. O primeiro eixo (Criminológico e Político-criminal) conta com os trabalhos de *Marcus Alan de Melo Gomes, Leonardo Marcondes Machado, Rafael Maciel Artuzo e Túlio Vianna, Isadora Vier Machado, Vera Maria Guilherme, Pablo Ornelas Rosa, Humberto Ribeiro Junior, Clécio Lemos, Soraia da Rosa Mendes, Luís Carlos Valois, Édson Luís Baldan, Andreza Cristina Mantovani, Luiz Rosado Costa, Adrian Barbosa e Silva, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, Laura Girardi Hypolito, Paula Pereira Gonçalves Alves, Victor Siqueira Serra, Érica Babini Lapa do Amaral Machado, Jéssica Maria Nogueira Bezerra de Carvalho, Marco Alexandre de Souza Serra, Neemias Moretti Prudente, Diego Augusto Bayer, Cidânia Aparecida Locatelli, Júlia Tasca, Sebastian*

Scheerer, Elaine Pimentel e Hugo Leonardo Rodrigues Santos e Nara Borgo Cypriano Machado. No segundo eixo (Dogmático e Político-criminal), situamos os trabalhos que discutem especialmente aspectos penais e processuais penais do referido diploma legal, da lavra de *Alexandre Moraes da Rosa, Paulo César Busato, Luciano Santos Lopes, Antônio J. de F. Pêcego, Rafael Altoé, Ricardo Alves Domingues, Mauro Fonseca Andrade, Rodrigo da Silva Brandalise, Andressa Paula de Andrade, Antonio Eduardo Ramires Santoro, Nilo Cezar Martins Pompílio da Hora, Natália Lucero, Décio Franco David, Gustavo Trento Christoffoli, Daiane Ayumi Kassada, Luiz Henrique Bianchi Madera, Pablo Rodrigo Alfien, Yuri Felix, Carlos Hélder Mendes* e nossa também.

Temos, assim, um panorama abrangente e qualificado da produção nacional sobre o tema, com pesquisas realizadas em diversos Estados – Alagoas, Amazonas, Espírito Santo, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo – e no Distrito Federal, além da importantíssima contribuição do criminólogo alemão *Sebastian Scheerer*.

Não temos, porém, uma obra se ocupa de uma exposição acrítica e desconectada da *práxis*. Ao contrário. Os trabalhos revelam as reflexões e as dificuldades concretas daqueles que vivem e pensam a temática das drogas, porque operam como advogados, professores, pesquisadores docentes e discentes, magistrados, procuradores, promotores de justiça, delegados e defensores. Não podiam deixar passar em branco essa data, não podiam deixar de denunciar os inúmeros problemas a que o punitivismo em matéria de drogas conduz em nosso país.

Nós organizadores agradecemos a todos e a todas que participaram desse projeto com suas valiosas contribuições, em especial ao querido amigo Luciano Santos Lopes, bem como à Editora D'Plácido, na pessoa de seu editor-chefe Plácido Arraes, pela confiança em nosso trabalho, agilidade e cuidado na confecção da obra.

Maringá, inverno de 2016.

*Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Noronha de Ávila.*

## A Lei 11.343/2006 e a autofagia do sistema penal nos crimes de drogas

1

*Marcus Alan de Melo Gomes<sup>1</sup>*

### 1. Introdução

A Lei 11.343/2006 acaba de completar dez anos de vigência, interstício que justifica e recomenda uma avaliação ampla de seu impacto no sistema penal, para que alternativas de controle social menos excludentes e estigmatizantes em matéria de drogas sejam buscadas e implementadas no país. A vocação da referida lei é inquestionavelmente repressiva, e pode ser identificada na natureza das consequências jurídico-penais por ela previstas para as condutas que incrimina, assim como no tratamento que confere a determinados institutos e categorias penais quando relacionados ao tema das drogas: criminalização do consumo de entorpecentes (art. 28); pena mínima de cinco anos de reclusão cominada ao delito de tráfico (art. 33), um ano a menos, tão somente, do que a pena mínima de reclusão prevista para o homicídio simples<sup>2</sup>; escolha de critérios que exprimem o direito penal do autor como parâmetro para condenações (art. 42); recrudescimento do processo, com a redução do campo de incidência de medidas despenalizadoras e de minimização do encarceramento (art. 44), aspecto em que houve uma pequena, porém louvável reversão

<sup>1</sup> Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor e mestre em Direito. Professor Associado do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará. Professor Convidado da Escola de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Portugal). *Visiting Scholar* na *Durham Law School* (Inglaterra). Juiz de Direito em Belém.

<sup>2</sup> Art. 121, *caput*, do Código Penal.

do quadro pelo Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de alguns dispositivos da lei<sup>3</sup>.

Os principais efeitos desse contexto normativo, agravado pela mentalidade punitiva dos juizes e tribunais brasileiros, se fazem mostrar em números pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional (INFOPEN), cujo último relatório, elaborado com base em dados coletados até dezembro de 2014, informa que 28% das pessoas presas no Brasil haviam sido condenadas pela prática de algum delito previsto na Lei de Drogas<sup>4</sup>. Em outras palavras, mais de um quarto da população carcerária brasileira poderia, ao tempo da divulgação do relatório INFOPEN, ser creditada na conta da repressão penal às drogas.

Quais as razões desse brutal fenômeno punitivo? Por que o sistema penal alcança com tamanha eficácia os crimes de drogas<sup>5</sup>? Estas não são perguntas de fáceis respostas, nem é o propósito deste breve ensaio tentar encontrá-las, mas os questionamentos ficam lançados como uma semente para reflexões futuras, a serem apresentadas quando o tempo as tiver amadurecido suficientemente. Almeja-se nas próximas linhas, mediante um recorte metodológico que permita reduzir drasticamente a amplitude de tais indagações, apenas analisar parte da dinâmica de investigação dos crimes de drogas, especificamente naquilo que afeta a colheita de fontes de prova pela polícia judiciária, de modo a se verificar como o conteúdo do inquérito policial e as estratégias de apuração dos fatos – se é que elas existem – contribuem para definir a realidade do sistema de justiça criminal.

A hipótese investigada aponta exatamente no sentido oposto do que se poderia pensar em um primeiro momento. Parte-se da

<sup>3</sup> Cfr. HC 119934, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 03/02/2015, Processo Eletrônico DJe-064, publicado em 07.04.2015; HC 129474, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22.09.2015, Processo Eletrônico DJe-204, publicado em 13.10.2015; HC 119783, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 10.11.2015, Processo Eletrônico DJe-058, publicado em 31.03.2016.

<sup>4</sup> O relatório INFOPEN anterior, divulgado em junho de 2014, informava mais detalhadamente que havia no Brasil, àquela altura, 66.313 pessoas presas em virtude de condenações pela prática de crimes definidos na Lei de Drogas, ou aguardando julgamento por acusações envolvendo tais delitos.

<sup>5</sup> As expressões *crimes de drogas* e *delitos de drogas* serão empregadas sempre como uma referência genérica a todas as infrações penais previstas na Lei 11.343/2006, notadamente em seus artigos 33 a 40.

premissa de que seria precipitado concluir que há muitas condenações e prisões por delitos de drogas simplesmente porque há volume de delinquência (cometem-se muitos crimes). Se assim fosse, não faria sentido falar em cifra negra<sup>6</sup>. A razão crítica impõe reconhecer que a agência policial cria mecanismos de otimização da repressão no âmbito das drogas aproveitando-se da maior vulnerabilidade dos *suspeitos de sempre* – alvo preferencial do sistema punitivo – mais expostos à ação da polícia em virtude da própria debilidade de sua posição social e econômica, que não lhes assegura acesso a meios e recursos para a garantia de direitos fundamentais.

Essa afirmação pode ser confirmada com dados extraídos de processos em curso na 9ª Vara Criminal de Belém<sup>7</sup>, e que revelam um *padrão* de atuação tanto da Polícia Militar quanto da Polícia Civil na maioria esmagadora das ocorrências e inquéritos por crimes de entorpecentes.

## 2. O estereótipo do traficante

Muito embora sejam hoje a grande *vedete* do sistema punitivo – o protagonista que atrai todos os olhares das agências penais (polícia, justiça criminal e instituições penitenciárias) – as drogas nem sempre estiveram na mira do controle social. Tornaram-se um problema “quando deixaram de ter exclusivamente valor de uso para adquirir valor de troca e converteram-se, assim, em mercadorias sujeitas às leis da oferta e da procura”<sup>8</sup>. A preocupação em regular

<sup>6</sup> Ver, sobre o tema: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999, pp. 101-104; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 49-56.

<sup>7</sup> Importante ressaltar que na capital paraense há uma vara com competência para julgar primordialmente os crimes previstos na Lei 11.343/2006 – mas cuja competência abrange também infrações penais que envolvem organizações criminosas – designada Vara de Entorpecentes e Combate às Organizações Criminosas. Nada obstante, existem outras treze varas criminais que também julgam, por distribuição, os crimes de entorpecentes (Resolução 008/2013-GP, do Tribunal de Justiça do Estado do Pará). Isso significa que o levantamento de dados concentrado em uma única dessas varas não corresponde ao universo de processos por crimes de drogas em Belém, mas é, seguramente, indicativo de uma realidade que tende a se reproduzir nos demais juízos.

<sup>8</sup> DEL OLMO, Rosa. A legislação no contexto das intervenções globais sobre drogas. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, número 12, 2º semestre de



esse mercado não tardou a surgir, por razões econômicas, sociais e culturais. No âmbito jurídico, optou-se pela costumeira estratégia proibicionista, da qual o direito penal, com a sua força estigmatizante potencializada por um discurso bélico (guerra às drogas), logo se tornou o mais importante instrumento.

Os danos possivelmente advindos do consumo ilegal de determinadas substâncias não escapa da esfera da vida privada. Não produz vítimas, salvo, eventualmente, o próprio consumidor. Há, portanto, autolesão, de punição penal injustificável. É difícil negar que os danos sociais produzidos pela droga decorrem primordialmente das escolhas políticas para o seu controle, pois são elas que, em verdade, provocam exclusão e morte, seja pelas vias institucionais (agências penais), seja pelos atalhos abertos no subterrâneo de violência que a repressão penal alimenta<sup>9</sup>.

Baratta<sup>10</sup> fala dos custos sociais da criminalização das drogas, que incidem sobre os consumidores e seu âmbito social, o sistema de justiça penal e os meios alternativos de controle (terapêutico-assistenciais e educativos). Em nenhuma esfera da vida privada ou coletiva, gerenciar a experiência humana com substâncias proibidas mediante ameaça penal tende a alcançar resultados proveitosos do ponto de vista preventivo. Ademais disso, há, no campo jurídico, uma inegável incompatibilidade entre a criminalização das drogas e alguns princípios básicos que orientam o exercício do poder punitivo no Estado de Direito, em especial o princípio da idoneidade, segundo o qual a escolha política pela repressão penal de um comportamento depende da demonstração de que esta seja um método útil para administrar o problema<sup>11</sup>.

Sem um ofendido para legitimar a *vingança pública*, a opção punitiva precisa apelar para argumentos morais que definem estereótipos, rotulam pessoas, criam inimigos. O tráfico de entorpecentes se transforma, assim, num câncer social, e o traficante no maior responsável pela metástase dessa enfermidade.

2002. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 65.

<sup>9</sup> CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2005, p. 173.

<sup>10</sup> *Criminología y sistema penal*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, p. 123.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 128.

É preciso diferenciar, contudo, a figura do chamado *narcotraficante*, que corresponde ao protótipo do criminoso organizado, violento, rico e poderoso<sup>12</sup>, que domina um negócio ramificado e hierarquizado de distribuição e venda de entorpecentes – assim apresentado ao público pela retórica punitiva e pela grande mídia – da imensa massa de colaboradores eventuais dessa empresa ilícita. Aquele é o personagem quase mítico, mais presente em roteiros cinematográficos do que em penitenciárias ou corredores de tribunais. Estes constituem a massa de manobra do sistema penal, a clientela fiel manipulada para justificar sua existência. São homens e mulheres pobres, moradores da periferia dos centros urbanos, não integrados ao mercado de trabalho e com pouquíssimas chances de virem a sê-lo, e que suportam, portanto, as drásticas consequências da exclusão social. Varejistas da droga, constituem “alvos fáceis da repressão policial por não apresentarem nenhuma resistência aos comandos de prisão”<sup>13</sup>.

Assim é que a seletividade penal define os candidatos à criminalização secundária. A maior porosidade de determinados estratos sociais às investidas das agências penais molda um funil do qual dificilmente escapam os estereotipados. Uma dinâmica que vai refletir inevitavelmente nos juízos criminais e definir quem ingressa nos estabelecimentos prisionais.

### 3. Agências policiais e criminalização secundária

As agências policiais não atuam ao acaso ou por acidente. Obedecem à lógica do menor esforço e, como um camaleão, adaptam-se ao meio para obter maior eficácia punitiva sem muito trabalho ou grande dispêndio de energia. Prezam pelo eficientismo baseado na economia de recursos associada a uma postura letárgica diante do crime. A polícia militar permanece comprometida com o modelo reativo-repressivo que prima pela saturação de espaços públicos e pela intervenção pontual em áreas consideradas *de risco* – conceito elaborado a partir de um critério meramente quantitativo de ocorrências policiais envolvendo a criminalidade tosca (delitos patrimoniais violentos, porte ilegal de arma de fogo e tráfico de drogas) – sem qualquer

<sup>12</sup> ZACCONE, Orlando. Sistema penal e seletividade punitiva no tráfico de drogas ilícitas. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, número 14, 1º e 2º semestres de 2004. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, p. 181.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 182.

planejamento de longo prazo ou avaliação de resultados em termos preventivos. Uma política de atuação que se resume a duas palavras: repressão e controle. A polícia civil, por sua vez, não promove *investigação ativa* dos crimes de drogas. Não cumpre a exigência do art. 6º, III, do Código de Processo Penal<sup>14</sup>, limitando-se a, burocraticamente, documentar os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do suspeito, apreender a substância que lhe é apresentada por esses mesmos agentes, e solicitar o exame pericial toxicológico. O *disque-denúncia* inaugurou um estilo apático de apuração policial, a *investigação passiva*: aguarda-se a reclamação anônima sem a qual não se faz nada. Com ela, por outro lado, justificam-se revistas pessoais fora das hipóteses previstas em lei; ingresso em domicílios sem o consentimento do morador; consulta ao conteúdo de mensagens e ao registro de chamadas de telefones celulares encontrados com o suspeito, a despeito do sigilo constitucional da privacidade e intimidade; tudo a pretexto de se *combater* o tráfico de entorpecentes.

Há uma seletividade estrutural na criminalização secundária, baseada na vulnerabilidade do suspeito ao emprego da força oficial, que realça o papel desempenhado pelas agências policiais. Incorrem em um ingênuo engano – ou em uma crença arrogante – os que pensam terem o legislador e o juiz alguma ascendência sobre a gestão policial de conflitos. Por ser a primeira engrenagem da criminalização secundária, a polícia atua antes das demais agências e está, portanto, menos exposta a limitações concretas prévias (fiscalização). Os limites abstratos – estabelecidos pela legislação – são sempre manipuláveis ou passíveis de violação sem que advenham consequências idôneas para desestimular os desvios.

A execução do programa criminalizante (criminalização primária) com propósitos preventivos e de segurança pública é o argumento que legitima os atos das agências policiais para a comunidade. Em relação às drogas, o desejo de extermínio do inimigo comum, o traficante, e a catarse que essa ideia proporciona diante dos anseios coletivos por medidas punitivas, avalizam toda sorte de procedimento

<sup>14</sup> Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:  
I - (...)  
II - (...)  
III - colher **todas as provas** que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias. (grifado)

ilegal. Assim, a criminalização secundária converte-se na mera ocasião “para que as agências policiais exerçam um formidável controle configurador positivo da vida social, que em nenhum momento passa pelas agências judiciais ou jurídicas”<sup>15</sup>.

Uma das formas de expressão desse controle consiste exatamente no poder de definir quem (âmbito subjetivo) e o que (âmbito objetivo) chegará ao sistema de justiça criminal. Condicionar a resposta do aparato punitivo a partir dos elementos probatórios escolhidos e fornecidos, legalmente ou não, desde o início da dinâmica criminalizante é a grande força das agências policiais, e sua maior proteção contra atos externos de contenção. Esse é o motivo pelo qual nos flagrantes por crimes de drogas quase nunca há testemunhas que não sejam policiais. Um elemento estranho ao quadro das agências pode colocar em risco o poder da polícia de influenciar – muitas vezes, de verdadeiramente definir – as etapas posteriores da criminalização.

É a consagração da autofagia do sistema penal nos delitos de drogas. Como se verá adiante, as agências policiais se encarregam da alimentação do próprio sistema, a cujo funil direcionam os escolhidos de maior vulnerabilidade, exatamente por serem estes os que serão digeridos – entenda-se *punidos* – sem grande esforço.

#### 4. Agências policiais e autofagia do sistema penal

A seletividade autofágica do controle penal pressupõe uma parceria – uma espécie de *cumplicidade institucional* – entre as agências policiais e as agências judiciais. Aquelas nutrem estas com oportunidades de legitimação do sistema, que se concretizam em prisões e condenações dos estereotipados. Essa simbiose entre componentes do aparato punitivo pode ser constatada no dia-a-dia de varas criminais com competência para julgar crimes de drogas. Tome-se, como exemplo, a 9ª Vara Criminal da cidade de Belém<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro I: teoria geral do direito penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, 52.

<sup>16</sup> O levantamento de dados em processos por crimes de drogas na 9ª Vara Criminal de Belém constitui uma etapa do projeto de pesquisa *Política criminal midiática*, executado no Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, sob a coordenação do autor deste texto. É imprescindível registrar um agradecimento ao trabalho da mestranda

Trata-se de uma unidade jurisdicional com competência residual, que abrange, portanto, todas as infrações penais que não devam ser julgadas por varas especializadas (tribunal do júri, violência doméstica, crime organizado, etc.). Por uma peculiaridade da justiça paraense, as varas de juízo comum detêm competência, por distribuição, para julgar os crimes previstos na Lei 11.343/2006<sup>17</sup>, salvo o do art. 28, considerado infração penal de menor potencial ofensivo, sujeito, portanto, ao procedimento sumaríssimo próprio dos Juizados Especiais Criminais<sup>18</sup>.

Esse modelo de organização judiciária *pulveriza* as ações penais por crimes de drogas em diversos juízos, o que dificulta, em certa medida, realizar um levantamento mais amplo das informações referentes aos inquéritos policiais que embasaram as denúncias do Ministério Público. De outra banda, é razoável presumir que haja alguma uniformidade no trabalho da polícia militar e da polícia civil relativamente às drogas, uma vez que, nesse tema, a política de repressão e os métodos de investigação variam muito pouco. Assim, pode-se reconhecer a tendência de reprodução de um modelo de apuração policial dos crimes de entorpecentes, condicionado pelas estratégias de controle e de presença ostensiva da polícia militar em determinadas áreas urbanas.

Em um universo de 53 processos criminais em curso na 9ª Vara Criminal de Belém pelos crimes da Lei 11.343/2006<sup>19</sup>, constatou-se que: a) 53 ações penais foram promovidas com base em inquéritos policiais; b) 53 inquéritos policiais foram instaurados por auto de prisão em flagrante; c) 28 flagrantes ocorreram em residências, e 25 na via pública; d) em 41 inquéritos foram inquiridos, na condição de testemunhas, tão somente policiais, em sua grande maioria militares; e) em 12 inquéritos foram inquiridas também testemunhas estranhas aos quadros da polícia; f) em 44 inquéritos a única diligência de investigação realizada após a lavratura do flagrante foi a requisição do exame pericial de natureza toxicológica da substância apreendida; g)

Tainá Ferreira e Ferreira, que se encarregou da consulta manual aos autos dos processos e da sistematização das informações obtidas.

<sup>17</sup> Resolução 008/2013-GP, do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

<sup>18</sup> Lei 9.099/95.

<sup>19</sup> O levantamento das informações foi realizado na primeira quinzena de junho de 2016.

em 9 inquéritos foi requisitado, ademais da perícia toxicológica, o exame de corpo de delito para constatação de lesões corporais no autuado; h) em 49 processos a denúncia do Ministério Público se restringiu ao tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/2006); i) em 4 processos a imputação ministerial abrangeu outros crimes além do tráfico de entorpecentes; j) em 43 denúncias as testemunhas arroladas eram todas policiais; k) em 10 denúncias foram arroladas também testemunhas que não integram os quadros da polícia.

O primeiro dado a ser destacado – e que vem confirmar a autofagia do sistema penal – é o fato de que *todos os inquéritos policiais por crimes de drogas foram instaurados mediante auto de prisão em flagrante*. Isso significa que não houve iniciativa policial para apuração do delito. De alguma forma, o *crime chegou à polícia*, ora por contatos anônimos feitos pelo serviço *disque-denúncia*, ora por informações prestadas a guarnições da polícia militar em patrulhamento ostensivo pelas ruas de bairros considerados inseguros. Em nenhum caso houve *investigação ativa*, isto é, trabalho policial de apuração de uma *notitia criminis*, consistente em diligências que demandam tempo para coleta de fontes de prova de autoria e materialidade do fato (oitiva de testemunhas; interceptações telefônicas; afastamento de sigilo financeiro, bancário e fiscal; busca e apreensão de documentos e coisas, etc.).

Percebe-se uma passividade da instituição policial que intensifica a seletividade penal no campo das drogas. Age-se somente em situações de potencial flagrante delito, e em áreas da cidade onde não se espera encontrar resistência dos suspeitos. Essa *inércia seletiva* da polícia, por mais paradoxal que possa parecer, é também *eficientista*: em 100% das ocorrências por crimes de drogas que geraram posteriormente ações penais na 9ª Vara Criminal de Belém, houve prisões em flagrante. E é razoável crer que essa proporção se mantenha em outros juízos criminais.

Ao mesmo tempo, a passividade investigativa da polícia civil se aproveita desse quadro e define restritamente o conteúdo de inquéritos que poderiam – e deveriam – ser aprofundados. Em 41 autos de prisão em flagrante – quase 80% do total – foram inquiridos, na condição de testemunhas, apenas os policiais responsáveis pela prisão do suspeito, e em 44 desses procedimentos – mais de 80% do total – a única diligência providenciada pela autoridade policial após a lavratura do flagrante foi a requisição do exame pericial de natureza toxicológica da substância apreendida. Não houve, portanto, investigação, mas somente a conclusão burocrática do inquérito.

Nota-se um grande descompasso entre essa rotina policial e o que prescreve o art. 6º, III, do Código de Processo Penal, segundo o qual deve a autoridade policial, ao tomar conhecimento da prática de infração penal, colher *todas as provas* que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias. Se por *todas as provas* não se pode tomar as evidências de *todas as versões plausíveis do fato* – até porque isso seria impossível de se alcançar – não se deve, de igual modo, reduzir o sentido da expressão legal a uma única versão dos acontecimentos, sobretudo quando esta é a apresentada pelos policiais responsáveis pela prisão em flagrante.

É inevitável que uma política de enfrentamento eminentemente repressivo produza reflexos no campo judicial. A primeira consequência logo se observa na composição da prova no processo penal. Em 43 denúncias oferecidas com base nos referidos procedimentos policiais, as únicas testemunhas arroladas foram os policiais – civis ou militares – responsáveis pela prisão em flagrante do denunciado. Muito provavelmente, o açoitamento da acusação se deve ao prazo para oferecimento da denúncia – cinco dias, estando o indiciado preso<sup>20</sup> – cujo descumprimento comprometeria a legalidade da custódia pelo seu prolongamento excessivo.

Vê-se como as agências policiais reforçam, na criminalização secundária, o processo de *sujeição criminal*, que se dá primordialmente no meio social com a construção de identidades que correspondem a tipos sociais equivalentes a criminosos ou indivíduos perigosos. Torna-se evidente que “situação socioeconômica, cor, nacionalidade ou naturalidade, faixa etária, gênero, filiação, religião, escolaridade, regularidade de emprego e muitas outras dimensões (maneiras de vestir, andar, falar) servem socialmente para estratificar, diferenciar e construir estereótipos de identidade sociais e são mobilizadas pela representação social para distinguir indivíduos suspeitos”<sup>21</sup>. A comunidade define e impõe signos, representações, sinais, promovendo uma seleção social dos estereotipados. As agências – em especial a polícia – apenas reproduzem esse mecanismo, de modo a alcançar

<sup>20</sup> Art. 46 do Código de Processo Penal.

<sup>21</sup> PINTO, Nalayne Mendonça. Recrudescimento penal no Brasil: simbolismo e punitivismo. In: MISSE, Michel. *Acusados e acusadores: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 242.

quem se apresenta nos espaços públicos trajando a simbologia criminal e expondo-se à criminalização mediante obras toscas<sup>22</sup>.

Nos casos analisados, os depoimentos prestados pelos policiais em juízo confirmam a crítica criminológica. A iniciativa criminalizadora parte em regra do que, no jargão policial, se convencionou designar “atitude suspeita”, um termo indefinido, cujo sentido é arbitrariamente estabelecido pela polícia, ao sabor das conveniências e interesses de momento. Quem preenche o estereótipo, simplesmente por estar em determinado local, a determinada hora, trajando-se de determinada forma, tudo a indicar que integra determinado estrato social, é determinado como suspeito. Esse é o contexto que comumente leva o policial a submeter o *escolhido* a revista pessoal, mesmo que não esteja configurada a *fundada suspeita* a que se refere o art. 244 do Código de Processo Penal.

A criminalização secundária na esfera policial é *burocrática*, pois recai sobre quem quase seguramente não oferecerá resistência aos comandos, o que já é esperado pelas agências em virtude do déficit de exercício de cidadania e de garantias fundamentais por essa clientela, de tal sorte que a repressão ostensiva se converte na principal arma da guerra às drogas; e é também *eficientista*, pois a vulnerabilidade dos selecionados facilita a obtenção de resultados em termos de prisões – incluídas aqui as ilegais – e estatísticas criminais, tudo a legitimar, perante a opinião pública manipulada pela mídia, o sistema punitivo.

A dinâmica do controle penal das drogas, refratária ao contraditório e comprometida com o punitivismo, define um sistema autoalimentado em todas as etapas da criminalização. A polícia militar prima pela repressão e segue a lógica do menor esforço, limitando-se a agir nas ocorrências que chegam ao seu conhecimento por canais de anonimato disponibilizados à população e que recaem, invariavelmente, sobre grupos de maior vulnerabilidade social, menos organizados para oferecer resistência a procedimentos abusivos e exigir respeito aos seus direitos. A polícia civil acomoda-se na investigação passiva, que preenche exigências meramente burocráticas, e não avança na apuração dos fatos e na colheita de fontes de prova que proporcionem uma visão mais ampla do crime e de suas circunstâncias. Na esfera judicial,

<sup>22</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro I: teoria geral do direito penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, 47.

o Ministério Público tende a endossar, sem maior preocupação com os efeitos da seletividade penal, as distorções das agências policiais, perpetuando o processo de exclusão social que tanto se aproveita do discurso de guerra ao tráfico.

Como bem ressalta Baratta<sup>23</sup>, a criminalização da droga expõe o sistema penal a graves contradições internas. Não se pode negar que o elevado índice de reincidência e o escasso êxito preventivo que caracterizam a resposta penal no tema das drogas expõem o sistema de justiça penal a uma crise de legitimação e credibilidade, mais visível do que a que marca o impacto do sistema penitenciário sobre os problemas sociais. As distorções da criminalização secundária resultam, sobretudo, de estratégias criadas pelas agências penais para dar efetividade à criminalização primária (Lei 11.343/2006). A polícia ocupa um papel de destaque nesse processo, já que é responsável por definir quem se sujeita ao controle penal e quem dele escapa.

E assim o sistema punitivo torna-se autofágico. Encarrega-se de produzir o combustível que alimentará o próprio motor e adquire autossuficiência. Uma engenhoca sofisticada e eficaz cujo funcionamento depende da ilusória crença de todos nós em um mal irremediável – a droga – que ronda nossos lares e ameaça nossas famílias, e contra o qual nossa única defesa é a repressão penal.

## 5. Últimas considerações

Em dez anos de vigência da Lei 11.343/2006, pouco se avançou no debate público sobre os limites da política de entorpecentes<sup>24</sup>. Os maiores avanços têm sido obtidos, surpreendentemente, no âmbito judicial<sup>25</sup>. Causa ou efeito do discurso de guerra às drogas – não é

<sup>23</sup> Op. cit., p. 129.

<sup>24</sup> Enquanto em alguns países, a exemplo de Portugal, o consumo de certas substâncias entorpecentes foi descriminalizado há mais de quinze anos. Ver, a esse respeito: AGRA, Cândido da. *Entre droga e crime*. 2ª ed. Portugal: Casa das Letras, 2008; QUINTAS, Jorge. *Regulação legal do consumo de drogas: impactos da experiência portuguesa da descriminalização*. Porto: Fronteira do Caos Editores, 2011.

<sup>25</sup> Sobre o estado do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário 635.659, em que se aprecia a alegada inconstitucionalidade do crime de porte de drogas para consumo próprio, ver: RUIVO, Marcelo Almeida. O início do julgamento da inconstitucionalidade do crime de porte de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei 11.343/2006). In *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 281, abril de 2016. São Paulo: IBCCRIM, 2016, pp. 12-13.

possível afirmar com certeza – a prevalência do tratamento policial da questão produz consequências perversas e, de certo modo, irreversíveis para o Estado democrático de direito, a começar pelo emprego primaz da resposta penal como solução para o problema sem que alternativas menos danosas, individual e socialmente, sejam buscadas. No outro extremo desse caminho está a agência penitenciária, que reflete com clareza, segundo se depreende dos relatórios periodicamente divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional, a seletividade do sistema penal e seu poder para destruir vidas. Já passou o momento de se reconhecer que o proibicionismo e a estratégia bélica de controle apenas aprofundam os conflitos e proporcionam o ambiente em que o emprego da força pauta as relações entre a polícia e a comunidade.

O securitarismo impregnou o sistema de justiça criminal, cujos atores operam acriticamente e reforçam o processo de exclusão dos vulneráveis pela via penal. Uma década é tempo suficiente para se perceber que o paradigma punitivo que norteia a política de segurança pública em relação às drogas deve ser revisto ou simplesmente rejeitado. A prisão do traficante de periferia transformou-se em um emblema. Simboliza hipocritamente a vitória dos homens de bem sobre o grande responsável pela desagregação social e corrupção de valores na vida contemporânea. Esse é o sentido aparente da criminalização. Todavia, há um outro, *oculto*, porém real e presente: dividir o mundo em dois e servir de instrumento para que poucos controlem muitos, para que fortes eliminem fracos, a ponto de o sistema penal transformar-se no aparato mais eficaz de dominação que o homem já criou.

Enquanto persistirmos nessa perspectiva enviesada da questão, as drogas seguirão como o arquétipo do castigo penal, sua maior inspiração e base de toda uma filosofia punitiva que legitima as escolhas das agências de repressão. O coração de um sistema penal autofágico que se alimenta da própria carne.

Tempo perdido que representa a derrota da verdadeira liberdade, sempre tão ferida pelas irracionalidades da criminalização.

## Referências

- AGRA, Cândido da. *Entre droga e crime*. 2ª ed. Portugal: Casa das Letras, 2008.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

\_\_\_\_\_. *Criminología y sistema penal*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005.

DEL OLMO, Rosa. A legislação no contexto das intervenções globais sobre drogas. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, número 12, 2º semestre de 2002. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

PINTO, Nalayne Mendonça. Recrudescimento penal no Brasil: simbolismo e punitivismo. In: MISSE, Michel. *Acusados e acusadores: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

QUINTAS, Jorge. *Regulação legal do consumo de drogas: impactos da experiência portuguesa da descriminalização*. Porto: Fronteira do Caos Editores, 2011.

RUIVO, Marcelo Almeida. O início do julgamento da inconstitucionalidade do crime de porte de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei 11.343/2006). In *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 281, abril de 2016. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

ZACCONE, Orlando. Sistema penal e seletividade punitiva no tráfico de drogas ilícitas. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, número 14, 1º e 2º semestres de 2004. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro I: teoria geral do direito penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Dezembro de 2014. Disponível em: <http://download.uol.com.br/fernando-rodrigues/infopen-relat-2016.pdf> Acesso em: 10 mai. 2016.

## A política proibicionista de drogas: Olhares sobre a guerra brasileira

2

Leonardo Marcondes Machado<sup>1</sup>

### 1. Drogas: uma questão cultural milenar. A necessária problematização para além do campo jurídico

As drogas são históricas. O seu espaço é cultural e milenar. As “substâncias psicoativas”, assim entendidas aquelas capazes de alteração da consciência e do humor,<sup>2</sup> estão longe de ser uma questão moderna ou restrita a certos grupos sociais. O emprego das drogas, significante amplo que deve incluir os alimentos (*drug foods* ou alimentos-droga<sup>3</sup>) e os medicamentos ou fármacos, é multifacetado e dinâmico.

Nesse sentido, a lição de Henrique CARNEIRO:

“os vinhos, as cervejas e todos os fermentados alcoólicos, assim como muitas plantas, entre as quais a papoula, o cânhamo,

<sup>1</sup> Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC/ULCA/UNINTER. Especialista em Ciências Penais pela UNISUL/IPAN. Graduado em Direito pela UPM. Professor de Criminologia e Direito Processual Penal na Academia de Polícia Civil/SC, no Centro Universitário Católica/SC e na Faculdade Cenequista de Joinville/SC. Professor Convidado da Secretaria Nacional de Segurança Pública. Professor Convidado em Cursos de Pós-graduação em Direito Penal, Processual Penal, Criminologia e Segurança Pública. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Delegado de Polícia Civil em Santa Catarina. Contato: leonardomarcondesmachado@gmail.com.

<sup>2</sup> CARNEIRO, Henrique Soares. As drogas e a história da humanidade. In: *Diálogos - Revista do Conselho Federal de Psicologia*, Brasília, p. 14 - 15, 01 nov. 2009, p. 14.

<sup>3</sup> MINTZ, Sidney W. *Sweetness and power: the place of sugar in modern history*. New York: Viking Penguin, 1986, p. 180 e 186.

o chá, o café, a coca, o guaraná e centenas de outras drogas vegetais psicoativas representaram na história da humanidade diversos papéis, todos com profunda relevância, pois alguns foram os grandes analgésicos, os inimigos da dor, física e espiritual, os grandes aliados do sono tranquilo, mas outros também, com usos opostos, os estimulantes e provedores de energias para a caça, o combate e a resistência cotidiana aos males e incômodos da vida”.<sup>4</sup>

Tamanha a pluralidade dessas substâncias que qualquer estudo sobre a “genealogia das drogas” enfrenta um dilema primário e fundamental: por onde começar?

“Pelo vinho, pela cerveja ou por outras bebidas alcoólicas fermentadas? Pelos cogumelos alucinógenos? Pela maconha? Pelo ópio? Mas tudo isso nos levaria longe demais: se não à noite dos tempos, ao neolítico, pelo menos. Além disso, porque essas substâncias e não outras? Decerto, o quadro seria bem diferente se partíssemos do viagra, do prozac ou do êxtase”.<sup>5</sup>

As drogas realmente são inúmeras e acompanham a história da humanidade. Os efeitos medicinais e alucinógenos do ópio, *v.g.*, estiveram presentes em diferentes práticas sociais, manifestações pagãs e rituais religiosos na Grécia, Ásia Menor e Roma em períodos anteriores à era cristã.<sup>6</sup> A disseminação dessa substância proveniente da papoula não se restringiu às civilizações asiáticas, alcançando também o continente europeu. A disputa entre Ocidente e Oriente em torno do ópio (e de seu mercado) era tão grande que o século XIX ficou marcado pelas chamadas “Guerras do (ou melhor: pelo)

<sup>4</sup> CARNEIRO, Henrique Soares. As drogas e a história da humanidade. In: *Diálogos - Revista do Conselho Federal de Psicologia*, Brasília, p. 14 - 15, 01 nov. 2009, p. 14.

<sup>5</sup> VARGAS, Eduardo Viana. Fármacos e outros objetos sócio-técnicos: notas para uma genealogia das drogas. In: LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra Lucia; FIORE, Mauricio; MACRAE, Edward; CARNEIRO, Henrique (Org.). *Drogas e Cultura: novas perspectivas*. Salvador: Edufba, 2008, p. 42.

<sup>6</sup> Nesse sentido: GONZAGA, João Bernardino. *Entorpecentes: aspectos criminológicos e jurídico-penais*. São Paulo: Max Limonad, 1963, p. 9; GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção - repressão*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 35; LEITE, Ricardo Savignani Alvares; MORAIS, Renato Watanabe de; VALENTE, Sílvio Eduardo. Breves Considerações sobre a Política Criminal de Drogas. In: LEMOS, Clécio (et al). *Drogas: uma nova perspectiva*. Sérgio Salomão Schecaira (Org). São Paulo: IBCCRIM, 2014, p. 194.

Ópio” (1839-1842 e 1856-1860). O que falar, então, do vinho? A sua origem, embora de difícil determinação, parece remontar a cerca de quatro mil anos antes de Cristo. Vestígios teriam sido encontrados em lugares tão distantes como a Ucrânia, a Itália, a Sicília e a Síria.<sup>7</sup> A filosofia grega, em geral, o considerava como importante elemento cultural que permitiria ao homem conhecer melhor a si mesmo. O judaísmo, por sua vez, enxergava-o para além da esfera alimentícia ou medicinal; fora sacralizado. O cristianismo ainda utiliza-se do vinho como representação da própria divindade.<sup>8</sup>

Outras inúmeras substâncias poderiam ser citadas nesta introdução a fim de demonstrar o caráter cultural e milenar das drogas. Certamente, exemplos sobre as mais diversas épocas e contextos sociais não faltarão em um eventual “resgate histórico” das substâncias psicoativas.

No entanto, como a pretensão deste sucinto prólogo passa longe de qualquer esboço a respeito da genealogia das drogas, importante apenas sublinhar outra obviedade preliminar em torno dessa temática: a sua complexidade e, por evidente, a necessidade de uma análise problematizada e transdisciplinar.

Droga, sem sombra de dúvidas, não é assunto apenas de juristas! Aliás, o direito (principalmente criminal) tem muito pouco a dizer sobre o fenômeno das drogas. Dele se ocuparam – e com maior razão – filósofos, sociólogos, cientistas políticos, teólogos, médicos, psicólogos, psicanalistas e outros tantos especialistas ao longo dos tempos.

O mais curioso é que não raras vezes tem os juristas se apresentado ao senso comum e midiático como os únicos sujeitos autorizados a falar sobre o assunto, porém com intervenções típicas de um proibicionismo rasteiro e alienado, absolutamente desvinculado de recentes e importantes contribuições fornecidas por outros saberes. Com razão, aponta Salo de Carvalho que, “no direito, a

<sup>7</sup> BADLER, V. R. The Archaeological Evidence for Wine Making, Distribution and Consumption at Proto-Historic Godin Tepe, Iran. In: MCGOVERN, P. E.; FLEMING, S. J.; KATZ, S. H. (Org.). *The Origins and Ancient History of Wine*. Luxemburgo: OPA, 1995. p. 45-56 *apud* GUARINELLO, Norberto Luiz. O Vinho: uma droga mediterrânea. In: LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra Lucia; FIORE, Mauricio; MACRAE, Edward; CARNEIRO, Henrique (Org.). *Drogas e Cultura: novas perspectivas*. Salvador: Edufba, 2008, p. 190.

<sup>8</sup> CARNEIRO, Henrique Soares. As drogas e a história da humanidade. In: *Diálogos - Revista do Conselho Federal de Psicologia*, Brasília, p. 14 - 15, 01 nov. 2009, p. 15.

cegueira provocada pelo positivismo dogmático invariavelmente tem obscurecido a necessária abertura aos demais ramos do saber”.<sup>9</sup>

Indispensável, portanto, reconhecer o caráter histórico e a dimensão social das drogas, bem como ultrapassar a esfera do discurso estereotipado a respeito do tema, sempre útil e conveniente aos interesses das ideologias dominantes, que pretendem ocultar o político e o econômico, dissolvendo tudo numa pretensa esfera unicamente psiquiátrica e individual.<sup>10</sup>

## 2. A política brasileira de drogas: recortes sobre o proibicionismo criminal

### 2.1. Notas sobre o Movimento Proibicionista Global e a Incriminação Nacional

O século XX figura como o grande marco da política proibicionista global na temática das drogas. Talvez o momento mais emblemático tenha sido mesmo a partir da década de 70 do século passado quando os Estados Unidos da América, durante o governo Nixon (Presidente Richard Nixon), resolvem efetivamente declarar “guerra às drogas” (ou melhor: aos usuários e “traficantes” de drogas). Desde então, o proibicionismo ganha ainda mais força e invade por completo o sistema penal.<sup>11</sup>

Vale destacar as principais convenções da Organização das Nações Unidas a respeito desse movimento proibicionista criminalizador das drogas: Convenção Única sobre entorpecentes de 1961 (revogou as anteriores e foi revista por protocolo de 1972); Convênio sobre substâncias psicotrópicas de 1971; e a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas de 1988 (Convenção de Viena).<sup>12</sup>

<sup>9</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48.

<sup>10</sup> OLMO, Rosa del. *A Face Oculta da Droga*. Trad. de Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 25.

<sup>11</sup> KARAM, Maria Lúcia. *Proibição às Drogas e Violação a Direitos Fundamentais*. Disponível em: <[http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/72\\_Proibi%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0s%20drogas%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direitos%20fundamentais%20-%20Piau%C3%AD.pdf?1376532185](http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/72_Proibi%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0s%20drogas%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direitos%20fundamentais%20-%20Piau%C3%AD.pdf?1376532185)>. Acesso em 25.06.2014.

<sup>12</sup> KARAM, Maria Lúcia. *Proibição às Drogas e Violação a Direitos Fundamentais*. Disponível em: “[http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/72\\_Proibi%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0s%20drogas%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direitos%20fundamentais%20-%20Piau%C3%AD.pdf?1376532185](http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/72_Proibi%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0s%20drogas%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direitos%20fundamentais%20-%20Piau%C3%AD.pdf?1376532185)”. Acesso em 25.06.2014.

Nessa esteira, ZAFFARONI destaca a influência dos Estados Unidos da América na estruturação do poder punitivo na periferia neocolonizada, com a instalação de fortes regimes militares, pautados pelo terrorismo de Estado, no Cone Sul. Nesse contexto de ditaduras de segurança nacional latino-americanas, a política criminal de guerra às drogas surge como importante bandeira, senão vejamos:

“A administração norte-americana também pressionou para que estas ditaduras declarassem guerra à droga, numa primeira versão vinculada estreitamente à segurança nacional: o traficante era um agente que pretendia debilitar a sociedade ocidental, o jovem que fumava maconha era um subversivo, guerrilheiros eram confundidos com e identificados a narcotraficantes (a narcoguerrilha) etc. À medida que se aproximava a queda do muro de Berlim, tornou-se necessário eleger outro inimigo para justificar a alucinação de uma nova guerra e manter níveis repressivos elevados. Para isso, reforçou-se a guerra contra a droga”.<sup>13</sup>

No Brasil, a Lei n. 6.368/76 apresenta-se como um dos primeiros símbolos nacionais do paradigma proibicionista criminal. A referida legislação, nos moldes da política norte-americana de guerra às drogas (“war on drugs”), criminalizava, além das figuras relacionadas ao suposto comércio (tráfico)<sup>14</sup>, o próprio usuário de “substância entorpecente”, estabelecendo inclusive pena de prisão<sup>15</sup>.

to/72\_Proibi%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0s%20drogas%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direitos%20fundamentais%20-%20Piau%C3%AD.pdf?1376532185”. Acesso em 25.06.2014.

<sup>13</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 50 - 51.

<sup>14</sup> Lei n. 6.368/76. Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

<sup>15</sup> Lei n. 6.368/76. Art. 16. “Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa”.



Tratava-se de típica lei antidroga, bastante semelhante às demais normativas da região naquela época, todas editadas sob forte pressão da agência estadunidense especializada, configurando uma verdadeira legislação penal de exceção.<sup>16</sup>

Em 1988, com a promulgação da “Constituição Cidadã”, o paradigma proibicionista é mantido, ou melhor, reforçado! A nova ordem constitucional incrementa o modelo criminalizador, altamente repressivo no tocante à questão das drogas, ao promover a equiparação do delito de “tráfico ilícito de entorpecentes” à categoria de “crimes hediondos”, considerados inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia,<sup>17</sup> além de permitir a extradição de brasileiros naturalizados na espécie<sup>18</sup>. Com efeito, a carta constitucional e “democrática”, símbolo dos direitos e garantias fundamentais, deixou claro o tom da conversa e a escolha do inimigo estatal: o traficante de drogas ilícitas.

Nessa toada surge a Lei n. 8.072/90, que instrumentaliza a guerra às drogas em cumprimento ao mandamento criminalizante constitucional sob o rótulo de hediondez. Assim, instaura-se, em definitivo, uma política estatal de combate ou extermínio contra aquele que supostamente imprimiria horror no corpo social com sua atividade de produção, distribuição ou comércio de drogas, devendo, por isso mesmo, ser considerado repugnante, repulsivo, indigno (isto é: hediondo).

Dentre outras medidas de exceção, a citada legislação estabeleceu: a) vedações à anistia, graça e indulto; b) vedações à liberdade provisória (originalmente com ou sem fiança; posteriormente, com a modificação promovida pela Lei n. 11.464/07, apenas mediante fiança); c) regime diferenciado de cumprimento de pena (originalmente em sistema integralmente fechado; posteriormente, com a declaração de

<sup>16</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 52.

<sup>17</sup> CRFB de 1988. Art. 5º, inciso XLIII: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

<sup>18</sup> CRFB de 1988. Art. 5º, LI, da CF: “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”.

inconstitucionalidade pelo STF e alteração determinada pela Lei n. 11.464/07, em regime inicial fechado e com progressão mais rigorosa – 2/5 se réu primário e 3/5 em caso de reincidência).<sup>19</sup>

Por fim, a Lei n. 11.343/06. As suas finalidades (reais) podem ser extraídas logo do primeiro artigo, ao prescrever que “esta lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes”.

Algumas questões não podem ser desconsideradas na análise desse artigo. É preciso ressaltar os seguintes pontos fundamentais (muitas vezes pouco notados em uma leitura apressada): i) a ênfase na ideia de “reinserção social” de usuários (uso) e dependentes (abuso) de drogas como flagrante política de normalização; ii) a aposta na repressão à produção (não autorizada) e ao tráfico (ilícito) de drogas em contrariedade à noção de que essas substâncias são elementos culturais milenares e, portanto, integrantes dos grupos sociais; iii) a reprodução da tradicional e simplista confusão entre a problemática das drogas e a questão criminal (reduccionismo ideológico que insiste no controle penal).

Com razão, afirma Luciana BOUTEUX, que “o problema do abuso na utilização de determinadas substâncias consideradas ilícitas,

<sup>19</sup> Lei n. 8072/90. Art. 2º. “Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I – anistia, graça e indulto; II – fiança e liberdade provisória. § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado. § 2º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. § 3º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. II – fiança. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007). § 1 A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007). § 2 A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007). § 3 Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007). § 4 A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (Incluído pela Lei nº 11.464, de 2007)”.

que deveria ser tratado sob a perspectiva de 'saúde pública' virou, de forma equivocada, uma questão de polícia e de 'segurança pública'.<sup>20</sup>

O parágrafo único do artigo primeiro também merece atenção. Reza que, para os fins desta Lei, "consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União". Ou seja, nos termos míopes da Lei n. 11.343/06, drogas são o que o Estado quer que sejam, quando quer que sejam e enquanto quer que sejam. O critério definidor, nitidamente seletivo, é político-criminal, e não científico bioquímico ou gerencial da saúde pública.

O artigo segundo repete o ilusório (ingênuo ou hipócrita?) mantra proibicionista internacional, *in verbis*:

"Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso".

Diante desses fundamentos legais, impossível esperar qualquer coisa diferente do elevado nível de autoritarismo que efetivamente marca a estrutura normativa incriminadora a respeito da questão das drogas no país. Deveras, os absurdos próprios de um direito penal do autor percorrem toda a Lei n. 11.343/06.

### 3. Sobre a (famigerada) guerra às drogas: instrumental de exceção

Em um cenário de guerra às drogas, o Estado assume o lugar de combatente enquanto o usuário, dependente ou traficante de mero objeto de controle ou extermínio. A prisão e a morte, por sua vez, figuram como os principais instrumentos desse cruel mecanismo de "regulação social".

<sup>20</sup> BOITEUX, Luciana. Política de Drogas, Segurança Pública e Direitos Humanos. In: CASARA, Rubens R. R.; LIMA, Joel Corrêa de (org). *Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 601.

Assim são doutrinados os integrantes das agências criminalizadoras, os quais passam a atuar como verdadeiros combatentes ou soldados num modelo beligerante e expansivo de direito penal, oficial e subterrâneo, com práticas inquisitivas e desumanas como torturas, penas cruéis e altos índices de letalidade.

Lembra ZAFFARONI que esse tipo de "conceito espúrio e particular de guerra permanente e irregular" não respeita sequer as normativas internacionais sobre direito humanitário em período de guerra (limpa).<sup>21</sup> Em síntese: o quadro é ainda mais grave (ou pior)!

### 3.1. As prisões como instrumento de controle

As privações da liberdade, sejam penais (prisão pena) sejam processuais ou procedimentais (prisão temporária ou preventiva), desempenham papel bastante significativo nesta política de enfrentamento às drogas no Brasil. O seu próprio regramento legal diferenciado já indica a natureza de exceção. Vejamos.

#### a) Prisão Temporária

A Lei de Prisão Temporária, que apresenta um rol limitado de crimes passíveis de imposição dessa medida, elenca o tráfico de drogas dentre as suas hipóteses taxativas (art. 1º, inciso III, alínea "n", da Lei n. 7.960/89).<sup>22</sup> Ademais, por se tratar de crime rotulado como hediondo, foi previsto um lapso temporal distinto,<sup>23</sup> podendo ser decretada a prisão temporária "pelo prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade" (art. 2º, § 4, da Lei n. 8.072/90, da Lei n. 8.072/90).

<sup>21</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 145 - 146.

<sup>22</sup> Lei 7.960/89. Art. 1º. "Caberá prisão temporária: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: n) tráfico de drogas" (revogado art. 12 da Lei nº 6.368/76; atual art. 33 da Lei n. 11.343/06).

<sup>23</sup> Vale lembrar que, nos demais casos, quando não se tratar de crime hediondo (típico ou por equiparação), o prazo da prisão temporária será "de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade" (art. 2º, *caput*, da Lei n. 7.960/89).

## b) Prisão Preventiva

O Código de Processo Penal, ao disciplinar a prisão preventiva, reza que “poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (art. 312, *caput*, CPP).

A combinação entre a (des)cautelar cláusula de “garantia da ordem pública” (condição legalmente admitida para a imposição da prisão preventiva) e a vaga ideia de “saúde pública” (pretensão bem jurídico tutelado nos tipos incriminadores da lei antidrogas e um dos principais motes declarados do proibicionismo) tem sido responsável por trágicas histórias e inúmeros abusos no sistema de justiça criminal brasileiro.

A junção dessas duas cláusulas legais que nada dizem, mas tudo permitem, transformou-se em pura arbitrariedade (ou violência) estatal travestida de legalidade (penal e processual penal). São, na verdade, típicos dispositivos de exceção!

Cite-se apenas um exemplo. Em certa comarca de nosso país, a justiça decretou o encarceramento preventivo com base na garantia da ordem pública, em caso de tráfico de drogas, mediante a seguinte fundamentação, *in verbis*:

“(...) resolvo converter a prisão em flagrante em prisão preventiva do flagrado, para a garantia da ordem pública. Assim decido por entender que o crime é grave e de elevada reprovação social. Além disso, todos sabemos que os males causados pelas drogas, tanto aos usuários, como a seus familiares e à sociedade em geral. Soma-se a tanto, as dificuldades enfrentadas pelos órgãos de persecução penal no combate a esse tipo de delito. Quando presos em flagrante, é importante que permaneçam presos, tanto para evitar a prática de novos fatos, como para servir de exemplo àqueles que se dedicam a tal prática. Ainda, a manutenção da prisão estimula a atividade policial e resulta na diminuição do sentimento de impunidade que impera no meio social, pois os cidadãos de bem esperam que os elevados tributos sirvam para tornar efetivos os órgãos de persecução penal. Com esses fundamentos, converto a prisão em flagrante em preventiva”.

Evidente que esse tipo de decisão, bastante comum entre nós, passa longe de qualquer motivação jurídica em torno de critérios de cautelaridade; puro direito penal e processual penal do autor/inimigo.

## c) Prisão Pena

A pena criminal, nos casos de tráfico de drogas, deverá ser cumprida em regime diferenciado e mais gravoso, conforme já destacado *supra*, uma vez que submetida ao modelo de execução criminal determinado pela Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90).

### 3.2. Os corpos da guerra

O número de mortos nesse cenário de guerra às drogas é assustador. O extermínio decorrente do proibicionismo beligerante alcançou níveis que superam os registros de guerras externas. Disputas entre facções pelo mercado ilegal, “cobranças de dívidas” e negociações mal sucedidas, bem como operações policiais de combate, tudo resulta em mortes.

Embora seja manifesto, necessário sempre repetir: mata-se e morre muito. E, mais, muito do mesmo! O que se quer dizer é que, em sua grande maioria, são as classes baixas da sociedade que estão imersas nesse caldo de violência decorrentes do proibicionismo. Os mortos de ambos os lados, policiais ou não, são geralmente os excluídos socialmente pelo poder econômico. É a população pobre que agoniza diante do caos.

### 3.3. A suma

A guerra às drogas, fruto de uma política proibicionista, criminalizante e desumana, aprisiona e mata usuários, dependentes, “traficantes”, policiais e quem mais esteja no campo de combate.

## 4. Alguns questionamentos...

### 4.1. Uma guerra – e, portanto, incompatível com o Estado de Direito

A própria noção de guerra mostra-se, de plano, incompatível com a mais singela estrutura de um Estado Constitucional fundado em liberdades públicas, de um Estado orientado à promoção de direitos fundamentais invioláveis da pessoa. Admitir este padrão bélico, legitimador do exercício do poder punitivo por via da absolutização do valor segurança, implica, em última análise, aprofundar sem limite algum o que poder punitivo provoca inexoravelmente: “a debilitação

dos vínculos sociais horizontais (solidariedade, simpatia) e o reforço dos verticais (autoridade, disciplina)".<sup>24</sup> Significa, em síntese, admitir-se um modelo de Estado de polícia, ao invés de um Estado de direito.

#### 4.2. Uma guerra em nome da saúde pública

O discurso oficial de toda essa guerra proibicionista, pela via penal, é articulado em nome do bem jurídico "saúde pública". O senso comum, inclusive teórico, repete em manuais e dissertações que a incriminação e o combate visa proteger a saúde coletiva. O mantra punitivista carece de problematização mínima em diversos âmbitos. Acompanhe.

a) No plano das políticas públicas. A contundente observação de Luciana BOITEUX é certa:

"como se a proscrição de certas drogas pudesse tornar mais saudável uma sociedade cujos hospitais públicos não conseguem atender às necessidades básicas de seus cidadãos".<sup>25</sup>

b) No plano dogmático penal (teoria de proteção dos bens jurídicos e princípio da ofensividade ou lesividade). São lições elementares da doutrina: - que o direito penal serve para tutelar os bens jurídicos essenciais ao convívio social; - que uma conduta apenas pode ser considerada crime se lesionar ou expor a perigo concreto de lesão bens jurídicos alheios. Diante do exposto, como justificar os tipos incriminadores da lei de drogas? Eis a questão.

Quanto à problemática construção de bem jurídico *in casu*, segue a didática lição de KARAM:

"Ainda quando eventualmente reconhecíveis bens jurídicos de caráter coletivo, estes não de estar sempre referenciados a direitos individuais concreto. A desvinculação de regras criminalizadoras da afetação de direitos individuais

<sup>24</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. v.1. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 59.

<sup>25</sup> BOITEUX, Luciana. Política de Drogas, Segurança Pública e Direitos Humanos. In: CASARA, Rubens R. R.; LIMA, Joel Corrêa de (org). *Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 602.

concretos dilui o indivíduo em uma abstrata coletividade, despersonalizando-o e conduzindo-o ao anônimo papel de instrumento a serviço de fins que, divorciados da referência individualizada, sacrificam a liberdade e alimentam totalitarismos de todos os matizes. A visão de que abstratos interesses de uma também abstrata sociedade devessem prevalecer sobre os direitos individuais não esconde essa inspiração totalitária".<sup>26</sup>

c) No plano da saúde individual. É preciso superar o mito de que o uso de drogas implica necessariamente abuso e, por conseguinte, uma situação de dependência, que geraria inexoravelmente exclusão social e morte. O raciocínio não pode ser tão simplista. Há, sim, casos de uso problemático e, portanto, danos à saúde, porém isso nunca será tratado, de maneira adequada, pelo direito penal. A criminalização não é, nunca foi nem será, tratamento para quem quer que seja. Pelo contrário, apenas afasta o sujeito de qualquer tipo de assistência (física, psicológica ou de outra natureza) que se mostre necessária. Além, é claro, de aumentar a exposição a certas doenças pelo consumo de risco.

Logo, uma discussão minimamente responsável sobre a matéria deve partir de algumas distinções básicas como uso e abuso, uso e dependência e tipos de uso (recreativo, medicinal, religioso etc). É preciso admitir que nem sempre o uso será problemático (abuso) ou conduzirá à dependência. Aliás, até mesmo o tão criticado DSM-V, trabalha com critérios técnicos para essa diferenciação.

Walter CRUZ sublinha que "a grande maioria dos consumidores de drogas não são dependentes e não fazem parte de subculturas criminais".<sup>27</sup> Não custa lembrar que os três últimos presidentes norte-americanos – Bill Clinton (1993-2001), George W. Bush (2001-2009) e Barack Obama (2009-atual) – admitiram serem usuários de drogas.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> KARAM, Maria Lúcia. *Proibição às Drogas e Violação a Direitos Fundamentais*. Disponível em: "[http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/72\\_Proibi%C3%A7%C3%A3o%20de%20drogas%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20de%20direitos%20fundamentais%20-%20Piau%C3%AD.pdf?1376532185](http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/72_Proibi%C3%A7%C3%A3o%20de%20drogas%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20de%20direitos%20fundamentais%20-%20Piau%C3%AD.pdf?1376532185)". Acesso em 25.06.2014.

<sup>27</sup> CRUZ, Walter Firmo de Oliveira. Intoxicação e Exclusão Social. In: *Revista da Associação Psicanalítica de Porto Alegre* (n. 24 – A Direção da Cura nas Toxicomanias). Porto Alegre: APOA, 2003, p. 28.

<sup>28</sup> Entrevista de Carl Hart para Drauzio Varella. Disponível em: "<http://drauziovarella.com.br/audios-videos/neurocientista-sugere-novo-olhar-sobre-as-drogas/>".

Com absoluta razão, o manifesto dos professores alemães de direito penal, *in verbis*:

“A maioria preponderante dos consumidores de drogas vive uma vida normal. Mesmo consumidores dependentes permanecem, muitas vezes, socialmente integrados. Pessoas com problemático consumo de drogas precisam de ajuda. A perseguição penal tem, para essas pessoas e todas as outras, somente consequências negativas.”<sup>29</sup>

O que se percebe, portanto, é que o campo jurídico tradicional, descolado de outros saberes especializados sobre a questão das drogas, insiste em reproduzir velhos mitos para sustentar seu paradigma criminalizador. No fundo, para além do discurso oficial, o que existe, em certa medida, é uma política proibicionista como processo moralizador.<sup>30</sup>

### 4.3. Uma guerra pelo fim das drogas (?)

Diz-se que a função dessa guerra é acabar com as drogas na sociedade. Essa bandeira, contudo, não passa de um engodo. A seguir,

Acesso em 27.07.2014.

<sup>29</sup> Resolução de Professores Alemães de Direito Penal aos Deputados do Parlamento Alemão. Disponível em “[http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/94\\_RESOLU%C3%87%C3%83O-DROGAS%20-%20Professores%20Direito%20Penal%20Alemanha.pdf?1398211858](http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/94_RESOLU%C3%87%C3%83O-DROGAS%20-%20Professores%20Direito%20Penal%20Alemanha.pdf?1398211858)”. Acesso em 25.06.14.

<sup>30</sup> Nesse sentido, a tese de Mariana WEIGERT: “o que ocorre é que determinados prazeres e maneiras de diminuir o sofrimento são admitidos socialmente e outros não, sem se saber exatamente qual o limite e quem os definiu. Substâncias consideradas medicinais podem ser livremente prescritas, ao passo que está radicalmente proibido o uso de drogas entendidas como ilícitas. A principal explicação para isso é o filtro moral e político pelo qual passam as convenções sociais. (...) esta mesma pessoa autorizada (moral e juridicamente) a beber (publicamente, inclusive) quantas garrafas de uísque desejar está terminantemente proibida (moral e juridicamente) de fumar um único cigarro de maconha ou de cheirar uma carreira de cocaína, seja na privacidade de sua residência ou em ambiente público (...) Nessa perspectiva de que se vive a constante seleção dos prazeres a serem experimentados, podem-se apontar as proibições como o efeito concreto do ‘processo moralizador’” (WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. Consumo de drogas e política criminal: adição e contradição na sociedade contemporânea. In: CASARA, Rubens R. R.; LIMA, Joel Corrêa de (org). *Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 710).

duas problematizações rápidas quanto a essa falaciosa declaração de intenção. A primeira relacionada ao caráter social das drogas e a segunda ligada à ineficácia dessa tática beligerante.

Em primeiro lugar, necessário sempre lembrar que as drogas não são uma invenção da modernidade ou da pós-modernidade. Trata-se, pelo contrário, de “um fenômeno ancestral e, de certa maneira, constitutivo da condição humana”.<sup>31</sup> O que difere, conforme a época e o meio social, são as espécies, o papel desempenhado e o tipo de uso atribuído às drogas. Logo, a questão do uso de drogas não se constitui apenas como um ‘problema’, mas “faz parte da cultura humana há milhares de anos como um instrumento de estímulo, consolo, diversão, devoção e intensificação do convívio social”.<sup>32</sup>

E, mesmo se não fosse assim, a história testemunha sobre a patente ineficácia dessa guerra. Já ficou claro que a proibição não foi capaz de impedir a produção, o comércio e o consumo de drogas nem trouxe uma redução significativa quanto à disponibilidade dessas substâncias.

A própria Organização das Nações Unidas (ONU) que, em 1998, tomada por delirante euforia, prometia um mundo sem drogas em dez anos, posteriormente teve de reconhecer a expansão e diversificação do mercado das drogas ilícitas.<sup>33</sup>

De fato, o que se tem é uma distância abissal entre a finalidade declarada e os objetivos reais dessa guerra. Só não percebe quem não quer ou não pode enxergar!

## 5. Os reais efeitos da guerra às drogas

São inúmeros os efeitos concretos e danosos da atual política de guerra às drogas. Neste tópico, tendo em vista a limitação de espaço, abordaremos algumas questões fundamentais.

<sup>31</sup> RUI, Taniele Cristina. Palestra no “Fórum: Além das Drogas” organizado pelo Laboratório de Estudos Interdisciplinares sobre Psicoativos (LEIPSI) da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Campinas, 30 abr. 2014.

<sup>32</sup> CARNEIRO, Henrique Soares. As drogas e a história da humanidade. In: *Diálogos - Revista do Conselho Federal de Psicologia*, Brasília, p. 14 - 15, 01 nov. 2009, p. 14.

<sup>33</sup> KARAM, Maria Lúcia. *Proibição às Drogas e Violação a Direitos Fundamentais*. Disponível em: “[http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/72\\_Proibi%C3%A7%C3%A3o%20de%20drogas%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20de%20direitos%20fundamentais%20-%20Piau%C3%AD.pdf?1376532185](http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/72_Proibi%C3%A7%C3%A3o%20de%20drogas%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20de%20direitos%20fundamentais%20-%20Piau%C3%AD.pdf?1376532185)”. Acesso em 25.06.2014

## 5.1. Ausência de controle sobre a droga (qualidade, sujeitos, locais etc...)

A proibição não faz com que as drogas desapareçam. Apenas deixa de permitir o controle sobre tais substâncias. Ao contrário do que prega o senso comum, a regulação permite o controle; já a proibição trabalha com a ilusão (infantil) de negação.

Deveras, o que ocorre é que, com a proibição de drogas, o Estado renuncia ao controle sobre disponibilidade e pureza dessas substâncias. Ocorre que, mesmo em regimes totalitários e instituições penais, o consumo de drogas não pode ser impedido.<sup>34</sup> Neste particular, os presídios brasileiros são prova viva.

Frise-se que o acesso às drogas, especialmente por menores de idade, é muito maior no regime proibitivo do que no contexto da legalização. Por acaso, alguém acredita que um comerciante ilegal de drogas vai se preocupar com a idade dos consumidores? Consegue imaginar um traficante verificando a carteira de identidade de um usuário antes da venda dessas substâncias? Claro que não. Essa preocupação e/ou fiscalização apenas pode ocorrer no contexto da regulação estatal, nunca da proibição.

Assim também ocorre com a qualidade das drogas. Sim, no parâmetro da legalização, é possível controlar os efeitos danosos dessas substâncias pela verificação de seus elementos constitutivos. E, desta maneira, minorar os efeitos prejudiciais à saúde dos usuários.

Vale trazer à colação os ensinamentos de RIBEIRO, MALCHER-LOPES e MENEZES, em análise rigorosa e absolutamente técnica sobre os efeitos da atual política brasileira de drogas:

“O proibicionismo é uma política irracional que exacerba os malefícios das drogas nos três eixos determinantes para seus efeitos. No que diz respeito aos efeitos específicos das substâncias, o proibicionismo produz um mercado negro que não é fiscalizado quanto à composição química das drogas que negocia (exemplo: composição de THC *versus* CBD na cânabis) e que favorece enormemente a adulteração das drogas com substâncias desconhecidas pelo usuário. No que

<sup>34</sup> Resolução de Professores Alemães de Direito Penal aos Deputados do Parlamento Alemão. Disponível em “[http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/94\\_RESOLU%C3%87%C3%83O-DROGAS%20-%20Professores%20Direito%20Penal%20Alemanha.pdf?1398211858](http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/94_RESOLU%C3%87%C3%83O-DROGAS%20-%20Professores%20Direito%20Penal%20Alemanha.pdf?1398211858)”. Acesso em 25.06.14.

diz respeito aos cérebros que recebem a ação das drogas, o proibicionismo inviabiliza uma política educacional de drogas baseada em evidências científicas, descredenciando o discurso protetor justamente entre os mais suscetíveis ao uso abusivo de drogas, isto é, os jovens. No que diz respeito ao contexto social do uso de drogas, o proibicionismo induz estados de temor e paranoia que potencializam efeitos psicologicamente danosos”.<sup>35</sup>

A *war on drugs*, ao menos quanto às suas finalidades declaradas, constitui um fracasso retumbante. Apesar de toda a “repressão sem quartel a certas substâncias nos últimos cem anos, as drogas ilegais nunca foram tão abundantes, baratas e acessíveis”.<sup>36</sup> Logo, nada, além dos objetivos não declarados, seria capaz de justificar essa insana guerra às drogas levada a efeito em nossa periferia colonial!

## 5.2. Aumento dos danos (multiplicação da dor)

A proibição é a maior responsável pela multiplicação dos danos, ou melhor, da dor na atual política de drogas.

O manifesto dos professores alemães fornece dois exemplos sobre o tema, senão vejamos:

“(…) o financiamento do terrorismo do Talibã, dentro e fora do Afeganistão, segundo todas as evidências, ocorre principalmente através do mercado negro de heroína e haxixe. E mais: milhares de mortos na atual ‘guerra dos cartéis da droga’ no México são crescentemente atribuíveis à luta dos cartéis pelos exorbitantes lucros do mercado negro”.<sup>37</sup>

Maria Lúcia Karam não se cansa de repetir que “a violência não é gerada pelas drogas, e sim pelo proibicionismo”. Os crimes, em sua

<sup>35</sup> MALCHER-LOPES, Renato; MENEZES, João R. L.; RIBEIRO, Sidarta. Drogas e Neurociências. Boletim – Edição Especial Drogas. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), ano 20, Out. 2012, ISSN 1676-3661.

<sup>36</sup> Editorial. Boletim – Edição Especial Drogas. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), ano 20, Out. 2012, ISSN 1676-3661.

<sup>37</sup> Resolução de Professores Alemães de Direito Penal aos Deputados do Parlamento Alemão. Disponível em “[http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/94\\_RESOLU%C3%87%C3%83O-DROGAS%20-%20Professores%20Direito%20Penal%20Alemanha.pdf?1398211858](http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/94_RESOLU%C3%87%C3%83O-DROGAS%20-%20Professores%20Direito%20Penal%20Alemanha.pdf?1398211858)”. Acesso em 25.06.14.

maioria, não são fruto das drogas, mas da proibição. A comparação entre a atual política de drogas e a superada lei seca pode funcionar como importante chave de leitura neste caso. Quando ambos os mercados estavam debaixo do proibicionismo, a violência imperava. Tal qual ocorre atualmente nas “bocas de tráfico”, sucedia nas “fábricas de bebidas”. Basta se lembrar do famoso Al Capone (“Scarface”), o gângster mais conhecido da história. Hoje, vencido o proibicionismo no enfrentamento do álcool, alguém por acaso ainda vê tiros e mortes nas portas dessas fábricas? Não. Mas por quê? Justamente por causa da sua regulação. Este é o ponto.

A relação entre o tráfico ilegal de drogas e outros delitos como o tráfico de armas, a lavagem de dinheiro e a corrupção estatal deve ser lida a partir do proibicionismo. Também fruto dessa política de combate às drogas é a sobrepopulação carcerária nacional. Nessa lógica, quando não exterminados fisicamente, restam presos, especialmente se membros de grupos marginalizados da sociedade. Em se tratando da pobreza não escapa ninguém, inclusive o familiar ou a esposa/companheira do preso que leva pequena quantidade de drogas ao interior de estabelecimentos prisionais; a rotulação de traficante é certa!

Conforme o mais recente “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Dezembro de 2014”, a população prisional no Brasil alcançou o montante de 622.202 encarcerados no segundo semestre de 2014, o que significa mais de 300 presos para cada cem mil habitantes no país.<sup>38</sup>

O estudo apontou, ainda, a expressiva participação de crimes de tráfico de drogas nesse contexto de massivo aprisionamento. A categoria da Lei de Drogas é apontada como muito provavelmente a principal responsável pelo aumento exponencial das taxas de encarceramento no país e que compõe o maior número de pessoas presas. Sublinhe-se que 25% (vinte e cinco por cento) dos presos brasileiros estão relacionados com o delito de tráfico de drogas.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Dezembro de 2014*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2016, p. 18. Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen\\_dez14.pdf/@@download/file](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@@download/file)>. Acesso em: 26 Abr. 2016.

<sup>39</sup> BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Dezembro de 2014*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2016, pp. 33-34. Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen\\_dez14.pdf/@@download/file](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@@download/file)>. Acesso em: 26 Abr. 2016.

Sublinhe-se que se trata de uma população composta, em sua maioria, por jovens, pobres, de cor negra e com baixa educação formal; cenário histórico de criminalização da miséria. Segundo conclusão do Instituto do Direito de Defesa, vive-se, sem dúvida alguma, uma “cultura de encarceramento em massa da população pobre”.<sup>40</sup>

Os dados empíricos apenas estão a evidenciar os objetivos reais do sistema penal: o caráter político desse setor do ordenamento jurídico que funciona como epicentro do controle social, garantindo as condições de vida para os membros das classes dominantes em detrimento das classes subjugadas pelo capital.<sup>41</sup> Trata-se do sistema penal em pleno exercício da sua função garantidora de uma ordem social nitidamente desigual.<sup>42</sup>

## 6. Conclusão óbvia

A conclusão, bastante óbvia, foi sintetizada pelo brilhante criminólogo norueguês Nils Christie, segundo o qual o maior problema das drogas continua a ser a proibição.

## Referências

BADLER, V.R. The Archaeological Evidence for Wine Making, Distribution and Consumption at Proto-Historic Godin Tepe, Iran. In: MCGOVERN, P. E.; FLEMING, S. J.; KATZ, S. H. (Org.). *The Origins and Ancient History of Wine*. Luxemburgo: OPA, 1995.

BOITEUX, Luciana. Política de Drogas, Segurança Pública e Direitos Humanos. In: CASARA, Rubens R. R.; LIMA, Joel Corrêa de (org). *Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<[direitos/politica-penal/infopen\\_dez14.pdf/@@download/file](http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2014/03/SOS_Liberdade_IDDD.pdf)>. Acesso em: 26 Abr. 2016.

<sup>40</sup> INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. *SOS LIBERDADE: relatório de pesquisa. O Impacto da Lei n 12.403/11 nas decisões judiciais de análise da legalidade da custódia cautelar na capital paulista*, 2014, p. 52. Disponível em: <[http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2014/03/SOS\\_Liberdade\\_IDDD.pdf](http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2014/03/SOS_Liberdade_IDDD.pdf)>. Acesso em: 16 Jan. 2016.

<sup>41</sup> NUNES, Leandro Gornicki. *Culpabilidade e Exculpação: o conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 38.

<sup>42</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. 05 ed. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 10 - 14.

BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Dezembro de 2014*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2016, pp. 18, 33-34. Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen\\_dez14.pdf/@@download/file](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@@download/file)>. Acesso em: 26 Abr. 2016.

CARNEIRO, Henrique Soares. As drogas e a história da humanidade. In: *Diálogos - Revista do Conselho Federal de Psicologia*, Brasília, 01 nov. 2009.

CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. 05 ed. Florianópolis: Conceito, 2012.

CRUZ, Walter Firmo de Oliveira. Intoxicação e Exclusão Social. In: *Revista da Associação Psicanalítica de Porto Alegre* (n. 24 – A Direção da Cura nas Toxicomanias). Porto Alegre: APOA, 2003.

Editorial. Boletim – Edição Especial Drogas. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), ano 20, Out. 2012, ISSN 1676-3661.

GONZAGA, João Bernardino. *Entorpecentes: aspectos criminológicos e jurídico-penais*. São Paulo: Max Limonad, 1963.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção - repressão*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GUARINELLO, Norberto Luiz. O Vinho: uma droga mediterrânea. In: LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra Lucia; FIORE, Mauricio; MACRAE, Edward; CARNEIRO, Henrique (Org.). *Drogas e Cultura: novas perspectivas*. Salvador: Edufba, 2008.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. *SOS LIBERDADE: relatório de pesquisa. O Impacto da Lei n 12.403/11 nas decisões judiciais de análise da legalidade da custódia cautelar na capital paulista*, 2014. Disponível em: <[http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2014/03/SOS\\_Liberdade\\_IDDD.pdf](http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2014/03/SOS_Liberdade_IDDD.pdf)>. Acesso em: 16 Jan. 2016.

KARAM, Maria Lúcia. *Proibição às Drogas e Violação a Direitos Fundamentais*. Disponível em: <[http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/72\\_Proibi%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0s%20drogas%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direitos%20fundamentais%20-%20Piau%C3%AD.pdf?1376532185](http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/72_Proibi%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0s%20drogas%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direitos%20fundamentais%20-%20Piau%C3%AD.pdf?1376532185)>. Acesso em 25.06.2014.

LEITE, Ricardo Savignani Alvares; MORAIS, Renato Watanabe de; VALENTE, Sílvio Eduardo. Breves Considerações sobre a Política Criminal de Drogas. In: LEMOS, Clécio (et al). *Drogas: uma nova perspectiva*. Sérgio Salomão Schecaira (Org). São Paulo: IBCCRIM, 2014.

MALCHER-LOPES, Renato; MENEZES, João R. L.; RIBEIRO, Sidarta. Drogas e Neurociências. Boletim – Edição Especial Drogas. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), ano 20, Out. 2012, ISSN 1676-3661.

MINTZ, Sidney W. *Sweetness and power: the place of sugar in modern history*. New York: Viking Penguin, 1986.

NUNES, Leandro Gornicki. *Culpabilidade e Exculpação: o conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

OLMO, Rosa del. *A Face Oculta da Droga*. Trad. de Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

Resolução de Professores Alemães de Direito Penal aos Deputados do Parlamento Alemão. Disponível em “[http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/94\\_RESOLU%C3%87%C3%83O-DROGAS%20-%20Professores%20Direito%20Penal%20Alemanha.pdf?1398211858](http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/94_RESOLU%C3%87%C3%83O-DROGAS%20-%20Professores%20Direito%20Penal%20Alemanha.pdf?1398211858)”. Acesso em 25.06.14.

RUI, Taniele Cristina. Palestra no “Fórum: Além das Drogas” organizado pelo Laboratório de Estudos Interdisciplinares sobre Psicoativos (LEIPSI) da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Campinas, 30 abr. 2014.

VARGAS, Eduardo Viana. Fármacos e outros objetos sócio-técnicos: notas para uma genealogia das drogas. In: LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra Lucia; FIORE, Mauricio; MACRAE, Edward; CARNEIRO, Henrique (Org.). *Drogas e Cultura: novas perspectivas*. Salvador: Edufba, 2008.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. Consumo de drogas e política criminal: adição e contradição na sociedade contemporânea. In: CASARA, Rubens R. R.; LIMA, Joel Corrêa de (org). *Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. v.1. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.



# A proibição da *Salvia divinorum*

3

Rafael Maciel Artuzo<sup>1</sup>  
Túlio Vianna<sup>2</sup>

## 1. Introdução

Desde o início da década de 2000, a *Salvia divinorum*, uma erva nativa do México, tornou-se um dos principais produtos vendidos em *head shops* na América do Norte e Europa, sobretudo em razão de seu grande potencial alucinógeno. Paralela ao interesse pela planta, porém, também cresceu a preocupação de autoridades políticas em relação a seu *status* legal, já que a ausência de regulação fazia com que a população consumidora a procurasse como alternativa às drogas tradicionalmente tornadas ilícitas. A partir de então, iniciou-se uma ampla campanha por sua criminalização, em nível global, liderada principalmente pelos órgãos que compõem o sistema de controle de drogas das Nações Unidas, o que levou a sua proibição no Brasil em 2012.

A onda de criminalização da salvia, contudo, chamou a atenção de vários pesquisadores da planta, que, conhecendo-a a fundo, perceberam que os argumentos utilizados para bani-la não raramente vinham em desencontro aos resultados de estudos desenvolvidos desde a década de 1960, os quais, por exemplo, já confirmavam sua ausência de toxicidade e reduzidíssima probabilidade de causar dependência,

<sup>1</sup> Graduado em Letras pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bolsista de Iniciação Científica CNPQ. E-mail: <macielartuzo@hotmail.com>.

<sup>2</sup> Professor de Direito Penal dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da UFMG. Doutor em Direito pela UFPR, com pós-doutorado na Università di Bologna (Itália). E-mail: <prof@tuliovianna.org>.

além de renunciarem seu papel promissor no tratamento de doenças relacionadas a distúrbios da percepção humana e como alternativa ao uso de opiáceos, em virtude de sua natureza peculiar e modo único de agir no sistema nervoso central.

Os motivos que nortearam a cruzada liderada por alguns órgãos da ONU, portanto, estariam afastados da pretensa orientação científica por esses sustentada, o que colocaria em xeque seu argumento central de proteção à saúde pública, e revelaria seu atual posicionamento político-ideológico, em estrita afinidade com o que se convencionou denominar “guerra às drogas”.

Assim, cumpre analisar a história da *Salvia divinorum*, traçando uma retrospectiva das pesquisas a ela relacionadas, bem como a história de sua proibição, buscando entender como funciona o sistema de controle de drogas das Nações Unidas e sua capacidade de influenciar as legislações domésticas dos países signatários das convenções internacionais sobre drogas, como o Brasil.

## 2. *Salvia divinorum*: apresentação e revisão da literatura científica

A *Salvia divinorum* é uma erva perene da família das mentas (*Labiatae*), de folhas verdes penínervas e que pode chegar a um metro de altura. Seu nome científico e comercial sugere algumas de suas características: *Salvia* deriva de *salvare*, em razão das propriedades medicinais desse gênero de plantas (Valdés et al., 1983) e *divinorum* diz respeito a seu uso entre os *curanderos* mazatecas como forma de “adivinhação” ou premonição oracular (Wasson 1962; Hofmann, 1980; Valdés et al., 1983).

Seus nomes “folclóricos”, de modo diverso, indicam sua história e origem, embora ainda hoje esta seja considerada incerta. *Ska María Pastora*, *Hierba María*, *Hojas de María*, *Hojas de la Pastora*, são alguns dos nomes a ela atribuídos pelos mazatecas, indígenas da região de Oaxaca, no sul do México, de onde, supostamente, a planta é nativa. Supostamente, pois a ausência de um nome específico para a salvia na própria língua mazateca, diferente do que acontece com outras de suas plantas sagradas (e.g. *morning glories* = Tlilitzin), fomentou a hipótese de que ela só surgira na região após a invasão espanhola, contribuindo para isso o fato de seu ancestral silvestre ainda não ter sido identificado, ou seja, a planta pode ser um cultígeno (Valdes et al., 1987).

Hoje oficialmente católicos, os mazatecas não deixaram de incorporar elementos de sua cultura às suas concepções de Deus e dos santos, estes, inclusive, sendo tratados como os primeiros *curanderos*. Portanto, é comum que suas plantas sagradas sejam associadas a entidades cristãs. São Pedro é relacionado ao tabaco e às *morning glories* (e.g. *Ipomoea Violacea*), e a Virgem Maria é a divindade ligada à *Salvia divinorum* (Wasson 1962; Hofmann, 1980; Valdés et al., 1983). Peculiar, entretanto, é a descrição da Virgem como pastora, como em *Ska María Pastora*, que pode ser uma reminiscência da religião anterior à colonização (Wasson, 1962).

A *Salvia divinorum* é usada pelos mazatecas, sobretudo, em rituais de cura. Durante uma cerimônia que vai desde a coleta das folhas ao transe provocado por sua mastigação – o método tradicional – o *curandero* se vê apto a adivinhar a causa desconhecida de uma doença. O poder de cura da salvia, nesse contexto, não vem de sua ação no “paciente”, mas de sua ação no *curandero*, que precisa do contato místico com distintas formas de percepção para chegar a um diagnóstico. A salvia também é utilizada em infusões, dessa vez no paciente, para tratar anemia, pequenas dores e doenças gastrointestinais (Valdes et al., 1987). Somente a mastigação de folhas frescas, contudo, ativa seus efeitos psicoativos, pois, uma vez que seu princípio ativo não é solúvel em água, as infusões não acarretam alucinações (Siebert, 1994).

Atribui-se ao antropólogo Jean B. Johnson, pioneiro nos estudos dos cogumelos alucinógenos do México, a primeira menção à *Salvia divinorum* na literatura científica, em 1939 (Valdés, 2001). Contudo, é Robert Gordon Wasson que iniciará, na década de 1960, as primeiras pesquisas sobre a planta em seu contexto ritualístico junto aos mazatecas. A priori também interessado nos cogumelos sagrados, Wasson conhece a *Ska María* em um de seus vários encontros com a *curandera* María Sabina, tornada famosa mundialmente por seus conhecimentos sobre plantas medicinais (Hofmann, 1980). Wasson será o primeiro pesquisador a experimentar a planta e descrever seus efeitos<sup>3</sup>, em 1962, em seu artigo *A New Mexican Psychotropic Drug from the Mint Family*.

<sup>3</sup> “O efeito das folhas surgiu mais rapidamente que o dos cogumelos, foi menos arrebatador, e durou menos tempo. Não houve a menor dúvida acerca do efeito, mas esse não foi além do efeito inicial dos cogumelos, de cores dançantes em elaborados desenhos tridimensionais. Se uma dose maior produziria um maior efeito, eu não sei” (WASSON, 1962, tradução nossa).

Em expedição conjunta com Albert Hoffmann, o pai do LSD, Robert Wasson coletou as primeiras amostras de salvia analisadas em laboratório, que foram enviadas ao museu botânico da Universidade de Harvard, onde Carl Epling e Carlos D. Jativa-M descreveram-na e classificaram-na botanicamente, reconhecendo-a como uma nova espécie (Epling & Jativa-M, 1962). A estes, portanto, se deve o nome *Salvia divinorum*.

Após Wasson, a descoberta mais importante a respeito da salvia se deu na década de 1980, quando Ortega et al. (1982) e Valdés (1984) isolaram seu princípio ativo. Ortega o chamou *Salvinorin* e Valdés, *Divinorin A*. Pela ordem cronológica, adotou-se a terminologia de Ortega, mas foram mais significativos os estudos de Valdés, que também descobriu a *Salvinorin B*.

A partir de testes em ratos, Valdés demonstrou a natureza única da *Salvia divinorum*. Por exemplo, que se trata do único caso de um alucinógeno diterpeno, haja vista que o padrão dessas substâncias (psilocibinos, opioides, etc.) é a forma alcaloide (Valdés et al. 1987; Valdés, 1994; Siebert 1994).

Valdés (1994) também testou a toxicidade da salvinorina A, descobrindo que esta é inócua quando utilizada acuradamente. Segundo ele, é improvável que a salvia *in natura* cause qualquer problema quando mascada, bebida ou fumada, contudo é preciso cautela na ingestão de grandes quantidades do princípio ativo puro.

A pesquisa sobre os métodos de ingestão e os efeitos alucinógenos foi aprofundada na década de 1990 por Daniel Siebert, um etnobotânico e farmacognosista que se tornou o maior entusiasta e divulgador da *Salvia divinorum* na atualidade. Suas investigações sobre os métodos de ingestão revelaram, por exemplo, que o hábito mazateca de engolir o líquido resultante da mastigação não acarreta efeitos psicotrópicos, pois a salvinorina A é desativada no sistema gastrointestinal (Siebert, 1994). Na mastigação, sua absorção se dá por meio da mucosa bucal, o que explica a necessidade de, em média, 30 minutos para que surjam os primeiros efeitos, os quais, assim, podem durar algumas horas.

Siebert (1994) também é responsável por investigações acerca dos métodos contemporâneos de ingestão, tendo comprovado que o mais eficiente para induzir visões é a inalação por vaporização. Porém, como a salvinorina exige temperaturas altas para vaporizar, fumá-la como um cigarro comum surte pouco efeito. Segundo Siebert, é preciso usar

folhas secas em um cachimbo de água ou *bong*, mantendo a chama acesa durante a inalação. Desse modo, os efeitos são quase instantâneos (aproximadamente 30 segundos) e de duração bastante reduzida (média de 10 a 15 minutos) se comparada com a da mastigação.

Os efeitos da *Salvia divinorum* são descritos como únicos entre os psicotrópicos (González et al., 2006; Khey et al., 2008) e, obviamente, variam de acordo com o método de ingestão, com a dosagem e com as idiosincrasias físico e psicológicas daquele que a experimenta. Siebert tratou de listar as alucinações mais recorrentes observadas em suas experiências individuais e com voluntários:

- (1) Tornar-se objetos (um pacote xadrez de batatas fritas, tinta fresca, uma gaveta, uma perna de calça, uma roda-gigante, etc.).
- (2) Visões de várias superfícies bidimensionais, filmes e membranas.
- (3) Revisitar lugares do passado, especialmente na infância.
- (4) A perda do corpo e/ou identidade.
- (5) Várias sensações de movimento, de ser puxado ou torcido por forças de algum tipo.
- (6) Riso histórico incontrolável.
- (7) Sobreposição de realidades. A percepção de que alguém está em vários locais ao mesmo tempo (SIEBERT, p. 55, tradução nossa).

Tais efeitos são obtidos pela maneira seletiva com que a salvinorina age no cérebro, ativando quase de modo exclusivo<sup>4</sup> os receptores *kappa*-opioides, enquanto a maioria dos alucinógenos ativa os receptores 5-HT<sub>2A</sub> de serotonina (Roth et al., 2002; Chavkin et al., 2004).

De maneira singular, a salvinorina não atua nos receptores *mu*-opioides (Groer et al., 2006), os quais são responsáveis pela ação analgésica da morfina e também por sua necessidade de reforço, ou seja, por sua capacidade de causar dependência. Na verdade, a salvinorina A, ativando os *kappa*-opioides, age de maneira oposta aos agonistas *mu*-opioides, diminuindo a atividade dopaminérgica mesolímbica e, conseqüentemente, a necessidade de reforço.

Por isso, essa substância vem sendo testada como tratamento à dependência de estimulantes e morfina e como alternativa ao uso de opiáceos em geral, pois, além de também possuir propriedades analgésicas, causa leves efeitos colaterais e não vicia como aqueles, como explicam Schneider & Ardenghi:

<sup>4</sup> Alguns estudos indicam também sua ação nos receptores canabinóides, porém em menor escala: Walentiny et al., 2010;

O sistema opióide endógeno exerce efeitos opostos sobre a atividade dopaminérgica mesolímbica e processos motivacionais. Por exemplo, a ativação de receptores mu na área tegmental ventral estimula a liberação de dopamina no núcleo accumbens e produz estados de preferência condicionados por um ambiente associado à administração de um agonista. Por outro lado, a ativação de KOP [kappa-opioides] no circuito mesolímbico diminui o estímulo neuronal dopaminérgico e inibe a liberação de dopamina no núcleo accumbens (Doyon et al., 2006). O sistema mesolímbico dopaminérgico contribui de maneira muito importante para o desenvolvimento de necessidade de reforço em relação a alimentos, comportamento sexual e drogas de abuso (Carlezon et al., 2006). Classicamente a “hipótese dopaminérgica” tem sido usada para explicar adição e dependência de substâncias (Prisinzano et al., 2005). SA [salvinorina A] e outros agonistas kappa-opioides diminuem significativamente os níveis basais de dopamina, assim como impedem o aumento dos níveis dopaminérgicos (Prisinzano et al., 2005). Pesquisa-se o uso de agonistas seletivos de KOP [kappa-opioides] no tratamento da dependência por estimulantes (Prisinzano et al., 2005; Chefer et al., 2005). Parece também atuar como eficiente bloqueador do efeito de recompensa provocado por morfina (Narita et al., 2005), levando em conta que o KOP participa da expressão da síndrome de abstinência crônica induzida por aquele opióide (Lee et al., 2005) (Schneider & Ardenghi, 2010).

Portanto, devido a sua ação única nos receptores kappa-opioides, é bastante reduzida a possibilidade de a *Salvia divinorum* causar dependência. Por esse motivo, não existem estudos que comprovem a adição por salvinorina A na literatura científica (Zhang et al., 2005; Babu et al., 2008; Schneider & Ardenghi, 2010), o que, somado a sua ausência de toxicidade (Babu et al., 2008; Lange et al., 2008), a torna uma substância de baixíssimo potencial de abuso. Também é improvável que haja qualquer tipo de dependência psíquica, uma vez que os intensos efeitos da planta desestimulam seu uso continuado (Khey et al., 2008).

Ademais, a descoberta desse único agonista kappa-opióide natural e sua ação peculiar no sistema nervoso central ampliaram o horizonte das pesquisas acerca dos distúrbios da percepção humana, podendo a salvinorina vir a desempenhar um importante papel no tratamento de doenças como esquizofrenia e transtornos bipolares (Roth et al., 2002).

De fato, é amplo e ainda pouco conhecido todo o potencial medicinal dessa planta, apesar de já existirem estudos que também relatam sua eficiência no combate à depressão (Hanes, 2001), problemas gastrointestinais (Fichna et al., 2009) e Mal de Alzheimer (Sheffler, 2003).

### 3. *Salvia divinorum*: ascensão do uso recreativo e início da proibição

Desde os primeiros anos da década de 2000, o surgimento de lojas e sites especializados em produtos etnobotânicos fez crescer a procura por “novos” alucinógenos, até então não explorados comercialmente. Nesses estabelecimentos, é possível encontrar a preços acessíveis uma enorme variedade de psicotrópicos naturais não controlados legalmente, como cogumelos psilocibinos, cactos São Pedro, Ayahuasca e análogos, além de apetrechos para o consumo (Giroud et al, 2000; Halpern & Pope, 2001). Dentre esses produtos, a *Salvia divinorum* foi o que mais se difundiu (Babu et al., 2008), trazendo preocupação às autoridades governamentais, uma vez que não constava nas listas de substâncias proibidas, o que gerou uma onda de criminalização da planta em vários países e alguns estados norte-americanos.

Na tentativa de entender esse fenômeno recente e descobrir os reais perigos do uso recreativo da salvia, alguns estudos foram desenvolvidos, sobretudo nos EUA, buscando traçar seu público alvo, seu padrão de uso e os motivos de sua popularização. É importante, então, trazer tais pesquisas à discussão, já que seus resultados, frequentemente, são opostos às justificativas proibicionistas.

Foi demonstrado que os novos usuários de salvia são predominantemente jovens em idade escolar e universitária (González et al, 2006; Lange et al, 2008), em sua maioria homens, brancos, de classe média e com histórico de uso de outras drogas (Khey et al, 2008). Entre esses, a salvia também é conhecida como *Sally D*, *Magic Mint* e *Diviner's Sage*. Lange et al (2008) apontaram que, entre os alunos de uma universidade do sudoeste dos EUA, a taxa de uso da salvia já se equiparava à do *ecstasy* e da cocaína - cerca de 5% da população analisada -, evidenciando sua rápida expansão.

A procura por uma alternativa legal às drogas ilícitas, principalmente à maconha (Giroud et al, 2000; Vohra et al, 2009), mostrou ser um forte preditor de uso, primeiramente pela compra da salvia não

envolver os mesmos perigos que a compra da cannabis e, em segundo lugar, pelo fato de seus consumidores já estarem habituados com o ato de fumar e geralmente possuírem a parafernália necessária para o uso (Miller et al, 2009). Contudo, seus efeitos completamente diversos dos da maconha surpreendem aqueles que buscam nela apenas uma maneira de “ficar alto”, contribuindo assim para os baixos índices de retorno à planta (Khey et al, 2008).

Somadas à ausência de regulação, as escassas informações acerca dos possíveis riscos decorrentes do uso da salvia também são apontadas como um fator determinante para a irrupção de novos usuários. Defensores da proibição alegam que os *head shops* se aproveitam da escassez de dados sobre o potencial de adição e toxicidade da salvia para transmitir aos clientes uma aparente sensação de segurança em seu consumo (Hoover et al, 2008; Schneider & Ardenghi, 2010).

Entretanto, a maioria dos estudos já realizados asseveram que a probabilidade de que a salvia cause problemas de vício ou intoxicação é ínfima. Os riscos da salvia, na verdade, estão todos relacionados aos efeitos momentâneos por ela induzidos, principalmente aqueles relacionados à perda da sensibilidade motora (Appel, 2007; Griffin et al, 2008; Griffiths & Johnson, 2009; Lange et al., 2010). Porém, ainda assim, esses são insignificantes quando comparados com os de outras drogas, incluindo o álcool (Lange et al, 2010).

Os efeitos intensos da salvia, todavia, atraíram um grupo peculiar de novos consumidores que também chamou a atenção dos pesquisadores. Esse “subgrupo” é formado por jovens que se aprazem em gravar suas alucinações e divulgá-las no *youtube*. Lange et al (2010) analisaram uma extensa quantidade desses vídeos e constataram um padrão de uso. Em geral, esses usuários estão em um contexto informal de reunião entre amigos e aquele que está sendo filmado experimenta a droga pela primeira vez. Para auxiliá-lo, um dos amigos serve de *trip leader*, cuidando de sua segurança durante o transe. Os outros envolvidos às vezes participam interagindo com o usuário, que em poucos minutos retoma a consciência, quando então o cachimbo é passado para outro.

De fato, é possível afirmar que, para aqueles sensíveis à visão de jovens em estado de letargia, ou não acostumados com as alucinações induzidas por psicotrópicos poderosos, as imagens desses vídeos são impactantes. Ao serem amplamente difundidos na *internet*, tais vídeos levaram a salvia ao conhecimento da população não usuária de uma forma superficial, ampliando exageradamente a impressão de insegura-

rança em seu consumo e, conseqüentemente, constituindo um dos motivos que desencadearam a proibição da erva nos EUA, embora esse tipo de uso, com a presença do *trip leader*, reduza drasticamente os riscos de danos a si e a terceiros.

Como notaram Griffin et al (2008), há no senso comum uma confusão entre *alteração da consciência* e *potencial de abuso*, mesmo não havendo uma necessária implicação entre um e outro:

(...) alguns legisladores parecem estar definindo potencial de abuso em razão da capacidade da droga de alterar a consciência, o que por si só não é, e nunca foi, o padrão para avaliar tal potencial. (...) É difícil argumentar que a exposição a níveis mais elevados de consciência por si só justifica um rótulo de possuir elevado potencial de abuso (GRIFFIN et al, 2008, p. 188, tradução nossa).

As fortes alucinações causadas pela salvia, muitas vezes acompanhadas de contorções faciais, absoluta inconsciência, alteração na fala e movimentos descontrolados é o que de fato choca as pessoas, motivos pelos quais pouco importaram para a campanha proibicionista as comprovações de ausência de toxicidade da planta e seu baixo potencial de abuso.

Uma prova disso é a maneira como a cobertura da mídia norte-americana influenciou o debate acerca do *status* legal da droga, sempre focando seu discurso na intensidade dos efeitos alucinógenos em detrimento de seu baixo risco de danos. Durante o início da onda de criminalização, foram divulgadas inúmeras reportagens alarmistas que frequentemente tratavam a salvia de maneira superficial e equivocada, geralmente sob o mesmo mote: a *Salvia divinorum* é um alucinógeno legal que está viciando os jovens e por isso deve ser proibida<sup>5</sup>.

Mas o pânico em torno da erva e as reportagens sensacionalistas intensificaram-se quando, em janeiro de 2006, os pais do jovem Brett Chidester, de 17 anos, acusaram a salvia como a principal responsável pelo suicídio do filho. Segundo eles, relatos de Brett encontrados postumamente revelaram que sua experiência com diferentes percepções da realidade alteraram sua personalidade e tornaram-no sombrio e introvertido, a ponto de questionar a importância da própria vida<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Por exemplo: *Hallucinogenic Herb Called Salvia Could Be the 'New Marijuana,' and Florida Lawmakers Might Ban It* [link]; *Salvia: The Legal Drug Every Parent Should Know* [link]; *Legal but Lethal?* [link].

<sup>6</sup> *Mom says legal herb killed son* [link]; *Parents Blame Exotic Plant for Son's Suicide* [link].

Apesar das alegações de especialistas que afirmaram ser impossível confirmar a associação entre a salvia e pensamentos suicidas a partir de um único caso (Griffin et al, 2008, Griffiths & Johnson, 2009), seus pais iniciaram um *lobby* exigindo a proibição da planta e, três meses depois, o estado de Delaware, onde viviam, aprovou a *Brett's Law*, incluindo-a no rol das substâncias proibidas.

Segundo Griffin et al (2008), o suicídio de Brett foi o principal catalisador da proibição nos EUA. Antes desse caso, a salvia só era proibida em dois estados, Louisiana e Missouri, e após a repercussão do suicídio na mídia, no mesmo ano, mais três estados a proibiram, seguidos por outros três em 2007 e mais sete em 2008. Em 2013, pelo menos trinta estados norte-americanos já haviam incluído a salvia na *Schedule 1* de substâncias proibidas, na qual constam aquelas que apresentam grande potencial de abuso e que não possuem uso medicinal aceito.

A campanha pela proibição da *Salvia divinorum*, portanto, tem sua origem em um contexto de comoção popular e repercussão negativa na mídia, que provocaram a ação rápida dos legisladores. Não é um fato novo, entretanto, que leis aprovadas nessas circunstâncias acabam sendo arbitrárias e ineficazes, pois feitas às pressas e sem suporte científico adequado, visando apenas a acalmar a população.

Assim, a proibição acabou dificultando o desenvolvimento de pesquisas a respeito da salvia, o que contribuiu para que cientistas se tornassem os maiores defensores de sua descriminalização. Dois exemplos são os Drs. Matthew W. Johnson e Rolland R. Griffiths, do departamento de psiquiatria da *Johns Hopkins University School of Medicine*, em Baltimore. Quando um projeto de lei que incluía a salvia na *Schedule 1* estava sendo discutido em Maryland, o testemunho desses dois professores, que há décadas estudam drogas de abuso, foi crucial para alterar o rumo de sua regulação naquele estado. Em carta dirigida aos legisladores, os dois apresentaram um dossiê alertando sobre como a proibição da salvia implicaria no fim da pesquisa com a planta e, particularmente, da pesquisa desenvolvida por eles naquela universidade, a qual já alcançava importantes avanços no tratamento de doenças como a esquizofrenia, demência e transtornos bipolares. Segundo eles, mesmo com as isenções à pesquisa garantidas pela legislação, as companhias farmacêuticas não estariam dispostas a investir no estudo de uma substância proibida (Rolland & Griffiths, 2009).

Nesse documento, os pesquisadores também apresentaram uma tabela comparativa de todas as listas de substâncias proibidas do CSA

(*Controlled Substances Act*), procurando auxiliar os legisladores sobre em qual delas enquadrar a salvia de acordo com seus reais riscos, levando em consideração tanto sua ausência de toxicidade e potencial aditivo quanto os perigos de dano provocados por seus efeitos psicoativos. O resultado desse *lobby* foi que Maryland optou por não incluir a salvia na *Schedule 1*, proibindo apenas a venda e a posse para menores.

Todavia, em todo o mundo, o desfecho da questão da salvia tem sido diferente. Segundo a enciclopédia virtual sobre drogas *Erowid*, ao menos 30 países já criminalizaram a planta, a maioria após 2006. No Brasil, desde julho de 2012, ela aparece na “lista E”, da Anvisa, de “plantas proscritas que podem gerar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas”, enquanto a salvinorina A aparece na “lista F2” de “substâncias psicotrópicas”.

#### 4. Da Lei 11.343/2006 às convenções internacionais sobre drogas: psicotrópicos e entorpecentes

Para analisar a classificação da *Salvia divinorum* como um *psicotrópico*, é preciso conhecer, primeiramente, a classificação legal de “drogas” na legislação nacional.

O parágrafo único do art. 1º da lei 11.343/06 as define como “substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. Assim, a princípio, são dois os critérios para que uma substância seja considerada droga no Brasil: (I) deve causar dependência e (II) deve constar em lista do Poder Executivo, as listas da Anvisa.

O art. 66 da mesma lei complementa temporariamente a definição, dispondo que “até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998”.

Nessa portaria, encontram-se as definições de *entorpecentes* e *psicotrópicos*, que, na verdade, são idênticas: “substâncias que podem determinar dependência física ou psíquica relacionadas, como tal, nas listas aprovadas pela Convenção Única sobre Entorpecentes”.

As listas da Anvisa, portanto, que deveriam complementar os conceitos de *entorpecentes* e *psicotrópicos*, de acordo com o parágrafo

único do art. 1º da lei 11.343/06, remetem seus respectivos significados à Convenção Única de 1961.

A essa altura, já é possível adiantar que os termos *entorpecentes* e *psicotrópicos*, mesmo nas convenções, como se verá adiante, não possuem um critério médico-científico que os determine, tratando-se de uma divisão arbitrária e com finalidade meramente administrativa, sendo a definição legal de *entorpecente* inteiramente aplicável a muitas substâncias taxadas de *psicotrópicas*, e vice-versa (Hallam Bewley-Taylor & Jelsma, 2014).

A simples rotulação de certa substância como *entorpecente* ou *psicotrópico*, portanto, nada indica sobre seus efeitos ou sobre sua capacidade de causar dependência ou qualquer dano à saúde, mas serve, por outro lado, para travestir as definições adotadas pela legislação de uma falsa cientificidade.

Sendo assim, cumpre analisar com mais cautela a origem dessa classificação a partir das convenções internacionais sobre drogas, destacando o seu mecanismo de listagem (*scheduling*) e os órgãos do sistema de controle por ela responsáveis.

## 5. Convenções Internacionais sobre Drogas: os órgãos internacionais de controle

São três as convenções internacionais que fundamentam a atual política de drogas de mais de 180 países membros das Nações Unidas: a *Convenção Única sobre Entorpecentes* (Nova York, 1961) – conforme emendada pelo Protocolo de 1972 –, a *Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas* (Viena, 1971) e a *Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas* (Viena, 1988).

A Convenção Única sobre Entorpecentes foi assim denominada por ter reunido todos os tratados multilaterais sobre drogas em um único documento, tornando-se o marco inicial da nova política mundial nesse âmbito. O objetivo principal da convenção é o de combater o abuso dos *entorpecentes* por meio de ações internacionais coordenadas, criando dois escopos de intervenção, (I) a limitação da posse, do uso, da troca, da distribuição, da importação, da exportação, da manufatura e da produção de drogas *exclusivamente para uso médico e científico* e (II) o combate ao tráfico por meio da cooperação entre os países. Sua intenção, expressa no art. 9, §4, é a de diminuir a oferta de drogas ao máximo, mantendo apenas a produção e o estoque

necessários à demanda médica e científica, reprimindo penalmente o comércio fora desses fins.

Para isso, foi estabelecido o aparato burocrático necessário para o controle internacional das substâncias proscritas, com a criação de um órgão de deliberação, a *Comissão sobre Entorpecentes* (*Commission on Narcotic Drugs* – CND), vinculada ao *Conselho Econômico e Social das Nações Unidas* (ECOSOC), e um órgão de fiscalização, a *Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes* (JIFE, INCB ou *The Board*). Há ainda uma agência especializada, criada fora do âmbito das convenções e que atua como o braço executivo do sistema, o UNODC (*United Nations Office on Drugs and Crime*), que auxilia na implementação dos tratados, além de estabelecer e executar diversos programas na área.

A CND é formada por representantes de 53 países signatários da Convenção Única, eleitos pelo ECOSOC. Seus encontros ocorrem anualmente e uma de suas principais competências é a de atualizar as listas de substâncias controladas.

Teoricamente, como prevê o artigo 3 da Convenção Única, o procedimento de atualização das listas também deve considerar os pareceres da Organização Mundial de Saúde, cuja função é dar suporte científico à CND, recomendando a inclusão ou não de determinada substância em determinada lista ou a transferência de uma lista para outra, sempre que requisitada por um dos países ou por iniciativa própria, considerando seu potencial de abuso e sua utilidade médico-científica.

Todavia, alguns autores (Fazey, 2003; Hallam, Bewley-Taylor, Jelsma, 2014) vêm denunciando que há atualmente um processo de marginalização da OMS dentro do sistema de controle de drogas das Nações Unidas e que a CND tem incluído e transferido substâncias a despeito de recomendações contrárias do Comitê de Drogas da OMS, em medidas de caráter autoritário.

A mesma denúncia cabe à JIFE, o órgão fiscalizador, que tem relegado as recomendações da OMS e excedido os poderes de seu mandato. Composta de 13 integrantes eleitos pela CND (3 de uma lista de especialistas indicados pela OMS e 10 de uma lista de técnicos indicados pelos governos), uma de suas principais funções é a de administrar um sistema de estimativas de produção, estoque, e circulação de substâncias controladas a partir das informações que todos os países signatários são obrigados a enviá-la anualmente. Com base nessas estimativas, a JIFE publica relatórios anuais, nos quais informa

estatisticamente se houve aumento do abuso de certa substância em determinado país, se houve aumento das atividades ilícitas, se a produção está atendendo à demanda científica, se os governos estão adotando as medidas acordadas nas convenções, etc. Caso encontre qualquer irregularidade, a JIFE tem o poder de cobrar explicações dos governos envolvidos, bem como o de sugerir ao ECOSOC sanções à importação ou exportação de drogas para fins científicos e farmacêuticos àqueles países.

A Convenção de 1988, porém, ao contrário dos dois tratados anteriores, não atribui à OMS a autoridade para o suporte científico, mas à própria JIFE. Assim, apesar da ampla maioria da JIFE ser composta de burocratas indicados pelos governos, essa convenção a impele a realizar os relatórios técnicos a serem entregues à CND, que decidirá, por maioria de 2/3, sobre a listagem de determinado precursor.

Ocorre que a JIFE tem excedido os limites dessa competência, indicando, em seus relatórios anuais, diretamente aos governos (e não à CND) a inclusão em suas legislações nacionais (e não nas convenções) de substâncias entorpecentes e psicotrópicas (e não só precursoras), que não constam nas listas internacionais.

O caso da cetamina é um exemplo emblemático. Alegando o “crescente abuso” dessa substância pelo mundo, a JIFE, com apoio da CND, em vários de seus informes, incitou os governos a controlarem-na internamente, desconsiderando as recomendações contrárias do Comitê de Drogas da OMS, que defende a não listagem por considerar insubstituível o papel dessa substância como anestésico nos países em desenvolvimento, haja vista ser “amplamente disponível, fácil de usar e barata”.

Em sua *Avaliação Crítica da cetamina*, em 2012, após constatar o baixo risco de abuso da substância, o Comitê questionou os fundamentos científicos da decisão dos órgãos de controle, afirmando que houve extrapolação de seus mandatos:

*Pode-se argumentar que, de fato, ao longo dos anos, emergiu um problema no controle internacional [da cetamina], a despeito de qualquer avaliação científica da situação, devido tanto às resoluções da CND quanto à pressão contínua da JIFE sobre os estados membros.*

*Deve-se destacar que, de acordo com as convenções internacionais sobre drogas, a CND não possui mandato para concluir a respeito do controle internacional sem o aval da OMS, e a JIFE, quanto*

*a isso, não tem mandato nenhum. A Organização Mundial de Saúde relatou esse fato em inúmeras ocasiões, durante as discussões da CND sobre os relatórios anuais da JIFE (WHO, 2012, p. 36, tradução nossa).*

O processo de demonização da cetamina pelos órgãos de controle, como se verá, é similar ao enfrentado pela *Salvia divinorum*, tanto pela pressão da JIFE incitando os países a proibirem-na, alegando “aumento do abuso”, quanto pelos motivos políticos e ideológicos que nortearam essa campanha.

Como afirmam Hallam, Bewley-Taylor & Jelsma, a JIFE se tornou um órgão irradiador de “pânicos morais” acerca da difusão das chamadas *novas substâncias psicoativas*, coagindo os países membros a trata-las com repressão:

*O tom característico e boa parte do conteúdo dos discursos públicos da JIFE continuam sendo repressivos e beligerantes, como ficou demonstrado em seus recentes ataques ao Uruguai, no que se refere a sua decisão de regular o mercado interno de cannabis. A JIFE não está autorizada a realizar avaliações com o propósito de listagem de substâncias sob a égide das Convenções de 1961 e 1971, mas somente para a listagem de precursores, segundo a Convenção de 1988. A reiterada transgressão de seu mandato nessa área é a causa de consideráveis conflitos e confusões no contexto global, no qual a proliferação de Novas Substâncias Psicotrópicas já assusta os estados signatários, e no qual uma lúcida e razoável análise das questões sociais e de saúde a respeito das novas drogas é especialmente relevante (Hallam, Bewley-Taylor & Jelsma, 2014, p. 19, tradução nossa).*

Um dos motivos que levam os órgãos de controle a agirem com tamanha afinidade à ideologia proibicionista diz respeito à influência neles exercida por alguns países com relevante participação no orçamento da ONU. O UNODC, por exemplo, é financiado diretamente por um grupo de 17 países, conhecidos como “major donors”, a maioria dos quais sempre advogou pela proibição. Embora a JIFE e a CND tenham orçamento próprio, vinculado à ONU e não diretamente aos países, é inegável que esses órgãos também seguem as diretrizes impostas pelos grandes financiadores.

Cindy Fazey, ex-chefe da *Seção de Redução da Demanda* do UNODC e atual professor de Política Internacional sobre Drogas da



Universidade de Liverpool, explica quem são os *major donors* e como eles atuam junto ao UNODC:

*Os major donors - Itália, EUA, Reino Unido, Japão, Suécia, Comissão Europeia, Alemanha, França, Dinamarca, Holanda, Suíça, Noruega, Espanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Finlândia e Canadá - encontram o chefe do UNDCP [atual UNODC] duas vezes por ano em uma reunião fechada. Eles examinam projetos já executados e discutem onde e como gostariam de empregar mais dinheiro. Geralmente, somente os países escandinavos investem na redução de demanda. A maioria do dinheiro é dirigida à redução da oferta e à supressão do tráfico e não pode ser desviado para outros fins (Fazey, 2003, p. 165, tradução nossa).*

Fazey também explica outro mecanismo por meio do qual os países financiadores, principalmente os EUA, conseguem garantir a execução de sua política: manipulando os oficiais que atuam junto aos órgãos. Segundo ele, no quadro de oficiais do sistema internacional de controle de drogas, os “generalistas” (em sua maioria diplomatas estritamente ligados a esses países) são *oficiais permanentes* e os “especialistas” (cientistas, farmacologistas, agentes da lei, etc.) são *oficiais de contrato renovável*. Os generalistas seguem inexoravelmente as ordens dos países financiadores, mas é comum surgirem especialistas com ideias divergentes da política tradicional, os quais são logo ameaçados com a não renovação do contrato de trabalho ou de serem enviados para trabalhar em países como Laos, Vietnam, Dacar, Nigéria, etc., como forma de punição.

O autor conclui que a estrutura do sistema de drogas das Nações Unidas impossibilita qualquer tentativa de modificá-lo “por dentro”, haja vista a pressão dos *major donors* no sentido de manter a política de “guerra às drogas”. Assim, a ONU se tornou um instrumento de internacionalização dessa política, concebida, como se sabe, pelos norte-americanos:

*(...) os EUA nem sempre precisam exercer uma pressão ostensiva e direta sobre o UNDCP, pois a entidade conhece a política norte-americana e se esforça em segui-la. Muitas vezes, essa posição leva ao estabelecimento de metas impossíveis, como em “Um Mundo Livre de Drogas - nós podemos”, o slogan adotado para a UNGASS de 1998. Isso demonstra a avidez em seguir o programa dos EUA, em sua perspectiva de “tolerância zero” contra as drogas, e a falta*

*de apreciação da situação mundial pela cúpula do UNDCP. A maioria dos agentes do UNDCP ficou consternada com o quão fora da realidade estava a cúpula da entidade, e, em alguns casos, com o quão únicos eles próprios se tornaram (FAZEY, 2003, p. 165, tradução nossa).*

Portanto, não é coincidência o fato de os *major donors* serem os bastiões do proibicionismo e os órgãos de controle reproduzirem essa ideologia, bem como não é coincidência o fato de as convenções internacionais estarem voltadas à redução da oferta e esses países se intitularem “consumidores”, e também não é coincidência o fato de as drogas usadas pela indústria farmacêutica desses países sofrerem controle muito menos rígido, já que possuem total ingerência na classificação e inclusão de substâncias nas listas proibitivas, como será destacado a seguir.

## 6. As listas de substâncias sob controle internacional

### 6.1. A lista de entorpecentes (Yellow List)

Como foi dito, a Convenção Única unificou os tratados multilaterais sobre drogas anteriores, os quais abarcavam desde a Convenção Internacional do Ópio, de 1912 (que regulamentou a produção e a comercialização dos derivados do ópio e da coca) ao *Protocolo de Nova York*, de 1953 (que limitou a destinação dos opiáceos para fins médicos) e concentravam seus esforços no controle das substâncias então em voga: os derivados do ópio e da coca.

Quando esses tratados mencionam *entorpecentes (narcotic drugs)*, estão se referindo a essas substâncias, ópio e coca, seus derivados e outras que a elas se assemelham. A inovação da Convenção Única foi adicionar a *cannabis* ao rol de entorpecentes, regulando-a pela primeira vez em nível internacional.

Esses tratados e a Convenção Única também criaram um padrão de significação de *entorpecente* a partir da *semelhança* de determinada substância com outra já listada. O chamado “princípio da similaridade” rege todo o processo de listagem das convenções internacionais e estabelece que qualquer substância pode ser controlada caso tenha *similaridade* com qualquer uma já presente nas listas, sobretudo a heroína, a cocaína e a *cannabis*.

Estabelecer em que consiste tal similaridade, entretanto, é um problema que perturba o Comitê de Drogas da OMS, que

obrigatoriamente deve observá-la em suas avaliações críticas. Ocorre que as próprias “substâncias padrão” há muito não passam pelo processo de avaliação e sequer apresentam semelhanças entre si que justifiquem sua classificação sob o mesmo rótulo (Hallam, Bewley-Taylor & Jelsma, 2014).

A presença da cocaína entre os *entorpecentes*, por exemplo, impossibilita qualquer tentativa de explicar a listagem com um mínimo de rigor científico, uma vez que suas propriedades estimulantes e euforizantes atuam de maneira oposta aos derivados do ópio, estes sim, capazes de causar *torpor*.

Nesse ponto, Tiago Rodrigues percebe uma deliberada imprecisão terminológica que esconderia uma motivação política das convenções: a realização de um controle social, camuflado pelo discurso de proteção à saúde pública:

*A terminologia adotada, “entorpecente” ou “estupefaciente”, cabe para as drogas depressoras do sistema nervoso central, como o ópio e a morfina, contudo, são mal empregadas na classificação de substâncias euforizantes, como a cocaína e as anfetaminas. Desse modo, o Brasil importa a imprecisão terminológica internacional, que a incorporação das drogas ao direito positivo consagra. Os critérios farmacológicos, cernes da justificativa cientificista à precisão técnica da Proibição, não definem, de fato, quais drogas devem ser proibidas. A imprecisão classificatória revela a motivação política da Proibição, qual seja, a estratégia de controle social implícita na declarada defesa da saúde coletiva (RODRIGUES, 2004, p. 150).*

A *Yellow List* divide os *entorpecentes* em quatro “sub-listas”, ou *schedules*, ordenadas segundo a incidência de medidas de controle mais ou menos rigorosas. Entretanto, os critérios dessa divisão não são definidos expressamente nas convenções. Para compreendê-la, é necessário buscar fontes externas, como o relatório do Parlamento Europeu de 2002, que afirma que a inclusão de uma substância em determinada *schedule* “deve sopesar o seu potencial de abuso e seu valor terapêutico”.

Desse modo, substâncias como a heroína, a cocaína e a cannabis, presentes nas *schedules* I e IV, as mais rigorosas, são consideradas de valor terapêutico extremamente limitado e com alto risco de abuso, estando sujeitas a todas as medidas previstas nas convenções, como a limitação da produção e importação (artigo 21) e controles mais

rígidos no comércio e distribuição (artigo 30). Já substâncias como a codeína e alguns derivados da morfina, presentes na *schedule* II, têm sua utilidade médico-científica reconhecida e estão sujeitas a controles de comércio e distribuição mais brandos (exceções aos §§ 2 e 5 do artigo 30).

No entanto, todas as substâncias, não importa de qual *schedule*, estão sujeitas às provisões penais do artigo 36 quando relacionadas a condutas que fogem do âmbito médico-científico. Essas condutas, 18 no total, são descritas no §1 (a) desse artigo, que pode ser considerado como a fonte do famigerado artigo 33 da Lei 11.343/06 (Karam, 2010).

## 6.2. A lista de psicotrópicos (Green List)

Se a Convenção de 1961 trata das substâncias *entorpecentes*, as *psicotrópicas* são listadas na Convenção de 1971. O contexto socio-cultural da época explica o surgimento da nova lista, uma vez que a década de 1960 assistiu à escalada de “novas” drogas não elencadas nos tratados anteriores nem na Convenção Única. Em geral, trata-se de substâncias cujos padrões de uso se relacionam à experimentação com a consciência. Assim, para a abertura das “portas da percepção”, redescobriram-se substâncias psicoativas naturais já utilizadas em culturas autóctones de diversos países - como os cogumelos psilocibinos, o peyote e a ayahuasca - ao mesmo tempo em que outras foram sintetizadas, seja a partir de matérias-primas naturais, como a mescalina, o DMT e o LSD, ou químicas, como as metanfetaminas.

A Convenção de 1971 surgiu com o propósito de erradicar apenas as substâncias sintéticas, ou, mais precisamente, seu uso recreativo, buscando manter, assim como na Convenção Única, o estoque necessário para a demanda médico-científica. Como consta em seu preâmbulo, mais uma vez o mote para a regulação foi o “aumento do abuso” e a “preocupação com a saúde e o bem-estar da humanidade”.

Ao contrário da Convenção Única, entretanto, a de 1971 apresentou um esboço daquilo que considera “substância psicotrópica”. Seu artigo 2, §4, prevê que a OMS, para sugerir a inclusão de novas substâncias nessas listas, deve observar sua capacidade de produzir “(I) estado de dependência e (II) estímulo ou depressão do sistema nervoso central, resultando em alucinações ou distúrbios na função motora ou no pensamento ou no comportamento ou no ânimo”, bem como a

capacidade de produzir “semelhante abuso ou semelhante malefício ao de qualquer substância já listada” (princípio da similaridade).

Porém, mesmo com essa tentativa de definição, as inconsistências do processo de listagem dessa convenção não são menores que as da Convenção Única. Primeiramente, há o idêntico problema da classificação, sob o mesmo rótulo, de substâncias com efeitos e propriedades completamente distintos, como ocorre com as metanfetaminas em comparação com o LSD e outros enteógenos. Uma segunda incoerência vem do fato da Convenção de 1971 ter listado apenas as substâncias sintéticas, mas não suas matérias-primas, o que trouxe o paradoxo da classificação do THC como *psicotrópico*, enquanto a cannabis figura entre os *entorpecentes*.

A *Green List* também está dividida em *schedules* que variam de acordo com o rigor da incidência das medidas de controle. Todavia, se algumas medidas referentes às substâncias de sua *schedule I*, como o LSD e o MDMA, podem ser consideradas mais severas que as previstas na Convenção Única (por exemplo, no caso de importação e exportação - artigo 7, (f)), as medidas relativas às demais *schedules*, onde figuram várias substâncias amplamente disponíveis no mercado de medicamentos, como os benzodiazepínicos, são consideravelmente mais lenientes.

Tal fato se deve à influência dos *major donors* quando da elaboração da Convenção, protegendo os interesses de sua indústria farmacêutica, demonstrando que no sistema de drogas da ONU há um claro jogo de poder, segundo as regras do qual os países da América Latina, África e Ásia são marginalizados e taxados de “produtores”, enquanto os países que financiam o sistema, vitimizando-se como “consumidores”, são, na verdade, os maiores produtores de drogas (“controladas”) do mundo.

Como alertam Hallam, Bewley-Taylor & Jelsma, essa é uma das razões pelas quais o processo de listagem é tão arbitrário e incoerente com seu pretenso objetivo de “proteção à saúde pública”:

*(...) a Convenção de 1971 é geralmente mais leniente em seus controles. Isso resulta de uma manobra política na confecção dos tratados, quando se observou o lobby dos países desenvolvidos em proteção de sua indústria farmacêutica doméstica; também reflete a preferência cultural desses países por drogas sintéticas, cientificamente produzidas, em contraposição aos materiais baseados em plantas, mais naturais e não processados, ainda em uso nos países em desenvolvimento.*

*De fato, embora entusiastas da imposição de fortes restrições sobre as drogas dos povos da Ásia, África e América Latina, as nações industrializadas pleitearam um arranjo mais flexível para as suas próprias drogas sintéticas. Como foi dito, tais substâncias recreativas, completamente incorporadas à cultura “ocidental”, ainda não foram classificadas como drogas e permanecem fora do sistema. Isso causa muitos problemas para a OMS, cujo mandato orientado à saúde e à ética científica provou ter dificuldades em se adaptar à estrutura “legal/ilegal” do sistema de controle de drogas (Hallam, Bewley-Taylor & Jelsma, 2014, p. 4, tradução nossa).*

## 7. A *Salvia divinorum* no contexto do sistema internacional de controle de drogas

Embora a *Salvia divinorum* esteja sendo criminalizada em vários países desde 2006, ela ainda não consta em nenhuma das listas das convenções internacionais, bem como ainda não passou pela avaliação crítica do Comitê de Drogas da OMS.

Como já foi destacado, assim como ocorreu com a cetamina, há uma manifesta cruzada liderada pela JIFE para que os países “controlarem” essa planta e seu princípio ativo em suas legislações domésticas, controle esse que é sempre interpretado como criminalização. A campanha da JIFE, entretanto, excede os limites de sua competência e só pode ser entendida quando se nota a posição ideológica que esse órgão de fiscalização sustenta desde a sua criação, constituindo-se em um verdadeiro guardião do proibicionismo em nível global.

Em seus relatórios anuais, ao mesmo tempo em que se regozija com os números exitosos da quantidade de drogas apreendidas em todo o mundo, a JIFE, submissa aos países “consumidores”, nega-se a admitir que o surgimento de novas drogas está necessariamente relacionado à redução forçada da oferta e coage os signatários das convenções a criminalizá-las, restringindo a oferta ainda mais e fazendo com que mais drogas sejam criadas ou exploradas.

Ademais, como as convenções internacionais permitem o uso médico-científico de qualquer das substâncias listadas, a redução da oferta aumenta exponencialmente o seu preço para essa finalidade, de modo que as indústrias farmacêuticas autorizadas a explorá-las, em sua maioria localizadas nos países financiadores, obtêm grandes lucros com a sua venda.

Um bom exemplo é o Canabidiol, ou CBD, um derivado da cannabis com eficiente ação medicamentosa, cuja extração pode ser feita de maneira doméstica, em forma de óleo, mas que, em razão da proibição, chega a custar \$500,00, uma ampola de 10 gramas, no mercado norte-americano. Do mesmo modo, o preço de um miligrama de salvinorina A chega a \$100,00 no laboratório inglês ABCAM e \$175,00 no norte-americano TOCRIS.

É nesse contexto que se deve analisar a insurgência da JIFE contra as chamadas *novas substâncias psicoativas*, como a ayahuasca (*Banisteriopsis caapi* + *Psychotria viridis*), o khat (*Catha edulis*), os cogumelos psilocibinos (*Psilocybe*), o peyote (*Lophophora williamsii*), o kratom (*Mitragyna speciosa*) e, desde 2010, a *Salvia divinorum*.

No *Relatório Anual de 2010*, após mencionar rapidamente que alguns países vinham proibindo a salvia, a JIFE se dirigiu diretamente às nações para que a controlassem, tendo bastado apenas o seguinte parágrafo para que a Anvisa a proibisse:

*A JIFE recomenda que os Governos que ainda não regularam, mas que já experimentaram problemas em relação a pessoas engajadas no uso recreativo ou no tráfico desse tipo de planta, que permaneçam vigilantes (porquanto os riscos associados a tal uso pode aumentar) e que notifiquem a JIFE e a OMS. A JIFE recomenda que os Governos considerem controlar tais plantas em nível nacional, quando necessário (INCB, 2010, p. 47, tradução nossa).*

Já no *Relatório Anual de 2012*, a JIFE “chama a atenção dos governos” e afirma que essas *plantas psicoativas* não são seguras para qualquer propósito e podem ser mortais:

*A JIFE observou com preocupação que o uso dessas substâncias tem se relacionado com vários riscos à saúde (tanto física quanto psicológica) e até mesmo com a morte. Por conseguinte, a JIFE gostaria de chamar a atenção dos Governos para o fato de que o uso de tais plantas, para qualquer propósito, pode não ser uma prática segura (INCB, 2012, p. 47, tradução nossa).*

Esses “apelos” da JIFE, na prática verdadeiras coações, negligenciam a realidade da maioria dessas plantas e substâncias, associando-as genericamente a um alto potencial de abuso e a um risco iminente à saúde pública, omitindo deliberadamente que muitas possuem relevância científica e medicinal, focando suas observações somente em

seus efeitos alucinógenos, os quais, como se viu, não são sinônimos de “potencial de abuso”.

O resultado da difusão desses falsos discursos entre os países signatários das convenções é a criação de pânicos regulatórios incontinentes que sempre levam à criminalização direta, sem debate, sem pesquisa, sem considerar o contexto amplo das situações de uso, sem diferenciar uso de abuso, etc., fazendo com que os governos sigam cegamente as recomendações da JIFE.

## 8. A proibição da *Salvia divinorum* no Brasil

A proibição da *Salvia divinorum* e da salvinorina A no Brasil, em 2012, ocorreu no contexto da campanha global encabeçada pela JIFE, apesar do uso da planta não ter alcançado aqui a dimensão que teve nos EUA. A Resolução nº 37 de julho de 2012 incluiu a *Salvia divinorum* na lista “E” da Portaria nº 344/1998, que regula as *plantas proscritas que podem gerar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas*, enquanto a salvinorina A foi incluída na lista “F2” de *substâncias psicotrópicas de uso proscrito no Brasil*.

A Nota Técnica nº 008 de 18 de maio de 2012 da Coordenação de Produtos Controlados (CPCON) da Anvisa apresentou como justificativas para a proibição “os riscos à saúde pública associados ao uso ilícito da substância Salvinorina A, as recomendações da JIFE para atualização do controle das drogas de desenho no Brasil e que a espécie *Salvia divinorum* é a planta que dá origem à Salvinorina A”.

À parte a alegação dos “riscos à saúde pública”, já abordada nesse trabalho, a justificativa da Anvisa apresenta, em uma primeira análise, problemas pontuais que desde já atestam sua fragilidade.

É incoerente, por exemplo, afirmar que havia riscos à saúde pública associados ao uso ilícito da salvinorina A, se o uso dessa substância só se tornou ilícito após a divulgação da nota técnica. Além disso, utilizou-se fora de contexto o termo “drogas de desenho” (*designer drugs*), usado pela JIFE para designar drogas sintéticas cujas estruturas moleculares foram modificadas para burlar o “princípio da similaridade”.

A nota técnica prossegue fazendo uma descrição farmacológica da substância, afirmando que se trata de um alucinógeno único, em função de sua atuação nos receptores *kappa*-opiídeos, e, em seguida, narra a história do uso moderno, que “apareceu pela primeira vez em

jovens mexicanos e desde então se espalhou pela Europa, mostrando que o abuso global está aumentando”.

Percebe-se que a nota da Anvisa apenas repete o discurso adotado pela JIFE e que nenhum estudo mais aprofundado foi feito para avaliar o real potencial de abuso da planta e suas implicações para a saúde pública, baseando-se em poucas fontes bibliográficas, das quais somente uma (Hoover et al, 2008) sugeriu a criminalização como forma de combater o consumo de salvia. Os trabalhos de Babu et al. (2005) e Fordam et al. (2007), também citados, ao contrário, mencionam o baixo potencial de abuso da planta, o que foi negligenciado pelo CPCON.

Do mesmo modo, a pesquisa de Stogner et al. (2012), que avaliou as mudanças no consumo da salvia após um ano de proibição na Flórida, usada pelo CPCON como forma de comprovar a eficiência da proibição, chega à conclusão de que não se pode saber ao certo se a criminalização, isoladamente, foi a responsável pela redução da demanda e que outros fatores também podem ter influenciado no resultado da pesquisa. Não obstante, também afirmaram que a redução da demanda por salvia não significa que os jovens usuários deixaram de buscar outras drogas, as quais muitas vezes podem ser mais perigosas.

Da leitura da Nota Técnica nº 008 de maio de 2012 do CPCON, portanto, fica evidente que nenhuma medida foi adotada pela Anvisa no sentido de investigar os reais riscos da salvia, limitando-se a agência reguladora em reproduzir os argumentos da JIFE, como o “aumento do abuso pelo mundo”, a “presença de efeitos alucinógenos” e o “risco à saúde pública”.

## 9. Conclusão

O fenômeno da proibição da *Salvia divinorum* pelo mundo é sintomático da atual política de drogas adota pelas Nações Unidas. Incapazes de seguir o procedimento padrão para o controle de substâncias previsto nas convenções internacionais, em razão, muitas vezes, do posicionamento divergente adotado pelo Comitê de Drogas da OMS, a Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes e a Comissão sobre Entorpecentes extrapolam os poderes que lhes são conferidos por esses tratados e instam os países signatários a controlarem diversas plantas e substâncias em suas legislações domésticas, criando um clima de pânico em torno da “crescente difusão dessas substâncias pelo mundo” e do seu “risco iminente à saúde pública”.

Todavia, em alguns casos, é flagrante o paradoxo dessa conduta, como na campanha pela proibição da cetamina, em que a própria OMS se manifestou contrária ao posicionamento da CND e da JIFE, alegando que, longe de ser um risco à saúde pública, tal substância cumpre um papel fundamental como anestésico nos países em desenvolvimento, e, como se demonstrou, na campanha pela proibição da *Salvia divinorum*, cujas acusações que vem enfrentando em tudo se assemelham ao da cetamina, inclusive por sua rotulação como uma das *novas substâncias psicoativas*, embora o Comitê de Drogas da OMS ainda não tenha sido provocado a se manifestar a respeito.

As denúncias de estudiosos e ex-oficiais do sistema de controle de drogas da ONU ajudam a entender o porquê da adoção desse posicionamento dos órgãos de controle, ao delatarem a grande influência que um grupo de países com relevante participação no orçamento da ONU sobre eles possuem, o que permite afirmar que a ONU se tornou, desde a promulgação da Convenção Única de 1961, um instrumento de internacionalização da política de “guerra às drogas”, concebida nos Estados Unidos da América.

É nesse contexto que a proibição da *Salvia divinorum* e da Salvinorina A chegou ao Brasil, de maneira silenciosa, sem o menor debate ou estudo sobre a planta desenvolvido em território nacional, tendo a Anvisa simplesmente acatado as determinações da JIFE e a incluído em suas listas de controle.

O sistema de controle de drogas da ONU, portanto, é o grande irradiador da política de “guerra às drogas”, a ponto de ser impossível pensar qualquer mudança de perspectiva em relação às drogas, como muito se propõe atualmente, sem uma revisão profunda de seus órgãos e das convenções internacionais que o fundamentam.

Uma grande oportunidade para que tal reforma seja realizada, porém, pode ser a UNGASS 2016 (Sessão Especial da Assembleia Geral da ONU de 2016), que novamente abordará a temática das drogas, e cujo slogan, “Um melhor amanhã para a juventude do mundo”, tem sido fonte de esperança para todos aqueles que assistiram ao fracasso da UNGASS 1998, que prometia em seu título, “um mundo livre de drogas”.

## Bibliografia

APPEL, Jonathan; KIM-APPEL, Dohee. The Rise of a New Psychoactive Agent: *Salvia divinorum*. **International Journal of Mental Health and Addiction**. Vol. 5, 248–253, 2007. [link]

BABU, Kavita M. et al. Opioid receptors and legal highs: *Salvia divinorum* and Kratom. **Clinical Toxicology**, Vol. 46, n° 42, 146–152, 2008. [link]

\_\_\_\_\_. Emerging drugs of abuse. **Clinical Pediatric Emergency Medicine**. Vol. 6, 81–84, 2005.

BEWLEY-TAYLOR, David R.; FAZEY, Cindy S. J. The mechanics and dynamics of the UN system for international drug control. **Drug Magazine**, Vol. V, 2003. [link]

CHAVKIN, Charles et al., Salvinorin A, an Active Component of the Hallucinogenic Sage *Salvia divinorum*, is a Highly Efficacious *Kappa* Opioid Receptor Agonist: Structural and Functional Considerations. **The Journal of Pharmacology and Experimental Therapeutics**, Vol. 308, n° 3, 1197–1203, 2004. [link]

EPLING, Carl; JÁTIVA-M, Carlos D. A new species of *Salvia* from Mexico. **Botanical Museum Leaflets Harvard University**, Vol. 20, n° 3, 1962. [link]

EUROPEAN Parliament. Committee on Citizens' Freedoms and Rights, Justice and Home Affairs. **Working document on the UN conventions on drugs**, 2002. [link]

FAZEY, Cindy S. J. The Commission on Narcotic Drugs and the United Nations International Drug Control Programme: politics, policies and prospect for change. **International Journal of Drug Policy**, Vol. 14, pp. 155–169, 2003.

FICHNA, Jakub et al. Selective Natural *Kappa* Opioid and Cannabinoid Receptor Agonists with a Potential Role in the Treatment of Gastrointestinal Dysfunction. **Drug News and Perspectives**, Vol. 22, n° 7, 383–392, 2009. [link]

FORDHAM, C.B.W. et al. The hallucinogen derived from *Salvia divinorum*, salvinorin A, has *k*-opioid agonist discriminative stimulus effects in rats. **Neuropharmacology**. Vol. 53, pp. 481–186, 2007.

GIROUD, C. et al. *Salvia divinorum*: An Hallucinogenic Mint Which Might Become a New Recreational Drug in Switzerland. **Forensic Science International**, Vol. 112, n° 2–3, 143–150, 2000. [link]

GONZÁLEZ, Débora et al. Pattern of use and subjective effects of *Salvia divinorum* among recreational users. **Drug and Alcohol Dependence**, Vol. 85, 157–162, 2006. [link]

GRIFFIN, O. Hayden, III, et al. Legally High? Legal Considerations of *Salvia divinorum*. **Journal of Psychoactive Drugs**, Vol. 40, n° 2, 183–191, 2008. [link]

GRIFFITHS, Roland R.; JOHNSON, Matthew W. **Scientific Considerations Concerning *Salvia divinorum* and Salvinorin A**: Implications for Proposed Legislation, Johns Hopkins University School of Medicine, 2009. [link]

GROER, C. E. et al., An Opioid Agonist That Does Not Induce *Mu*-Opioid Receptor–Arrestin Interactions or Receptor Internalization. **Molecular Pharmacology**, Vol. 71, n° 2, 549–557, 2006. [link]

HALLAM, Christopher; BEWLEY-TAYLOR, David; JELSMA, Martin. Scheduling in the international drug control system. **International Drug Policy Consortium**. Series on legislative reform of drug policy, n° 25, 2014. [link]

HALPERN, John H.; POPE, Harrison G. Hallucinogens on the Internet: A Vast New Source of Underground Drug Information. **The American Journal of Psychiatry**, Vol. 158, n° 3, 2001. [link]

HANES, Karl R. Antidepressant Effects of the Herb *Salvia divinorum*: A Case Report. **Journal of Clinical Psychopharmacology**. Boston, n° 21, pp. 634–635, 2001. [link]

HOFMANN, Albert. *In Search of the Magic Plant "Ska Maria Pastora" in the Mazatec Country*. IN: **LSD, My Problem Child**. New York: McGraw-Hill, 1980. [link]

HOOVER, Valerie et al. Internet access to *Salvia divinorum*: Implications for policy, prevention, and treatment. **Journal of Substance Abuse Treatment**, Vol. 35, 22–27, 2008. [link]

INTERNATIONAL Narcotics Control Board. **Report of the International Narcotics Control Board for 2010**. Viena, 2010. [link]

\_\_\_\_\_. **Report of the International Narcotics Control Board for 2011**. Viena, 2011. [link]

\_\_\_\_\_. **Report of the International Narcotics Control Board for 2012**. Viena, 2012. [link]

KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais**. Texto para curso de extensão promovido pelo Núcleo de Estudos Drogas/Aids e Direitos Humanos do Laboratório de Políticas Públicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro-RJ - abril 2010. [link]

KHEY, David N. et al. *Salvia divinorum* Use Among a College Student Sample. **Journal of Drug Education**. Vol. 38, n° 3, 297–306, 2008. [link]

KRAJEWSKI, Krzysztof. How flexible are the United Nations drug conventions? **International Journal of Drug Policy**, Vol. 10, pp. 329–338, 1999. [link]

- LANGE, James E. et al. College student use of *Salvia divinorum*. **Drug and Alcohol Dependence**, Vol. 94, 263-266, 2008. [link]
- LANGE, James E. et al. *Salvia divinorum*: Effects and use among YouTube users. **Drug and Alcohol Dependence**. Vol. 108, 138-140, 2010. [link]
- MILLER, Bryan Lee et al. Trippin' on Sally D: Exploring predictors of *Salvia divinorum* experimentation. **Journal of Criminal Justice**, Vol. 37, 396-403, 2009. [link]
- ORTEGA, Alfredo et al. Salvinorin, a New *trans*-Neoclerodane Diterpene from *Salvia divinorum* (*Labiatae*). **Journal of the Chemical Society Perkins Transactions I**, 2505-2508, 1982. [link]
- RODRIGUES, Thiago. **Política e Drogas nas Américas**. São Paulo: EDUC - PUC, 2004. p. 150.
- ROTH, Bryan L. et al. Salvinorin A: A Potent Naturally Occurring Nonnitrogenous Kappa Opioid Selective Agonist. **Proceedings of the National Academy of Sciences (PNAS)**, n° 99(18), 11934-11939, 2002. [link]
- SCHNIDER, R.J.; ARDENGHI, P. *Salvia divinorum* Epling & Játiva (Maria Pastora) e Salvinorina A: crescente uso recreacional e potencial de abuso. **Revista Brasileira de Plantas Mediciniais**, Vol. 12, n° 3, 2010. [link]
- SIEBERT, Daniel J. *Salvia divinorum* and Salvinorin A: new pharmacologic findings. **Journal of Ethnopharmacology**, n° 43, pp. 53-56, 1994. [link]
- SIEBERT, Daniel J. **Open letter to lawmakers**: Regulation of *Salvia divinorum*. 2009. Disponível em: <http://sagewisdom.org/openletter-to-lawmakers.pdf>. Acesso em: 03/02/2014.
- SHEFFLER, Douglas J.; ROTH, Bryan. Salvinorin A: A Novel and Highly Selective Kappa-Opioid Receptor Agonist. **Trends in Pharmacological Sciences**. Vol. 24, n° 3, 2003.
- STOGNER, J. et al. Regulating a novel drug: An evaluation of changes in use of *Salvia divinorum* in the first year of Florida's ban. **International Journal of Drug Policy**, 2012.
- UNITED Nations. **Single Convention on Narcotic Drugs**. New York, 1961. [link]
- \_\_\_\_\_. **Convention on Psychotropic Substances**. Vienna, 1971. [link]
- \_\_\_\_\_. **Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances**, Vienna, 1988. [link]
- UNITED Nations Drug Control Programme. **Model Drug Abuse Bill 2000, Commentary**. Vienna, 2000.
- VALDÉS III, Leander J. et al. Ethnopharmacology of Ska Maria Pastora (*Salvia divinorum*, Epling and Játiva-M.). **Journal of Ethnopharmacology**, n° 7, 287-312, 1983. [link]
- \_\_\_\_\_. Divinorin A, a Psychotropic Terpenoid, and Divinorin B from the Hallucinogenic Mexican Mint, *Salvia divinorum*. **Journal of Organic Chemistry**, n° 49, 4716, 1984. [link]
- \_\_\_\_\_. Studies of *Salvia divinorum* (*Lamiaceae*), an Hallucinogenic Mint from the Sierra Mazateca in Oaxaca, Central Mexico. **Economic Botany**, n° 41(2), 283-291, 1987. [link]
- VALDÉS, L.J. *Salvia divinorum* and the unique diterpene hallucinogen, Salvinorin (Divinorin) A. **Journal of Psychoactive Drugs**, v.26, n.3, p.277-83, 1994. [link]
- VALDÉS III, Leander J. et al. Salvinorin C, a New Neoclerodane Diterpene from a Bioactive Fraction of the Hallucinogenic Mexican Mint *Salvia divinorum*. **Organic Letters**, vol. 3(24), 3935-3937, 2001. [link]
- VOHRA, Rais et al. *Salvia divinorum*: exposures reported to a statewide poison control system over 10 years. **The Journal of Emergency Medicine**, Vol. 40, N° 6, pp. 643-650, 2011. [link]
- WALENTINY, Matthew D. et al. Kappa opioid mediation of cannabinoid effects of the potent hallucinogen, salvinorin A, in rodents. **Psychopharmacology**, ePublished ahead of print March 31, 2010. [link]
- WASSON, Robert G. A New Mexican Psychotropic Drug from the Mint Family. **Botanical Museum Leaflets Harvard University**, Vol. 20, n° 3, 1962. [link]
- WORLD Health Organisation. Expert Committee on Drug Dependence. **Ketamine: Critical Review Report**, 2012. [link]
- ZHANG, Yong et al. Effects of the Plant-Derived Hallucinogen Salvinorin A on Basal dopamine Levels in the Caudate Putamen and in a Conditioned Place Aversion Assay in Mice: Agonist Actions at Kappa Opioid Receptors. **Psychopharmacology (Berl)**. Vol. 179, n°3, 551-558, 2005. [link]

# Aqui é veneno!

## Tráfico de drogas, cultura da institucionalização e o destino das adolescentes autoras de ato infracional

4

Isadora Vier Machado<sup>1</sup>

### 1. Introdução

A privação da liberdade das adolescentes em virtude da prática de ato infracional equiparado ao tráfico é um tema espinhoso, porém de imprescindível destaque. A cultura da institucionalização se mostra um conveniente meio de seletividade das adolescentes e atende à expectativa de que “a conta” pela prática do ilícito seja eficazmente paga por quem não tem, em boa parte dos casos, outra saída. Ao mesmo tempo, as adolescentes captadas pelo sistema socioeducativo são alvo de uma reprodução sistemática de papéis de gênero tradicionalmente atribuídos às mulheres, o que reafirma ainda mais o seu espectro de vitimização.

Sob o manto da sistemática da responsabilização estatutária, antes mesmo da vigência da chamada Lei do SINASE (Lei 12.594) que regulamenta a execução das medidas socioeducativas desde 2012, a prática da internação, supostamente breve e excepcional, já se havia disseminado como mecanismo de resposta à inserção das adolescentes nas redes de traficância.

Em 2009, no âmbito de minha dissertação de mestrado<sup>2</sup>, realizei pesquisa de campo em um Centro de Socioeducação do Estado do Paraná, com o objetivo geral, a partir da investigação na instituição, de

<sup>1</sup> Professora adjunta de Direito Penal da Universidade Estadual de Maringá. Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (2010). Doutora em Ciências Humanas pela mesma instituição (2013). Email: isadoravier@yahoo.com.br.

<sup>2</sup> MACHADO, Isadora Vier. *Adolescentes institucionalizadas: um estudo sobre Proteção Integral e gênero no Centro de Socioeducação da Região de Ponta*



avaliar se havia uma preocupação cotidiana em compreender e lidar com as diferenças de gênero naquele espaço. Este artigo toma por base as referências teóricas daquele trabalho que, em que pese o decurso do tempo, continua atual, apesar da tentativa de diminuição da estrutura de internação desde então.<sup>3</sup> Um dos principais dados registrados na pesquisa, contudo, se perpetua na realidade institucional do meio socioeducativo fechado no Brasil: a prevalência de adolescentes privadas da liberdade em virtude da prática de ato infracional equiparado ao tráfico de drogas. Dado este que se replica para as mulheres encarceradas.

Persiste, portanto, a necessária reflexão sobre a condição de institucionalização das meninas e a consequência que a política repressiva produz sobre seus destinos, marcados pelo percurso da privação de liberdade que, como ouvia das adolescentes no *locus* de minha pesquisa, “é veneno”!

## 2. Do medo à cultura da institucionalização: o destino das adolescentes em conflito com a lei no Brasil

A história ocidental foi perfilhada à custa da constante negligência do papel do medo. É a história de vencedores pretensamente corajosos que dificilmente reconheceriam a conexão direta entre o medo e a civilização, talvez por temer a confusão entre medo e covardia. De toda forma, silenciar a respeito não é o suficiente, porque nada parece capaz de reverter a demanda dos/as sujeitos/as por segurança, esse sentimento que embasa tanto a afetividade, quanto a moral de todos<sup>4</sup>. Portanto, urge reconhecer que, há muito, o medo desempenha dois relevantes papéis na sociedade: em primeiro lugar, dota os sujeitos de prudência diante de situações de risco, evitando que resultados graves possam ocorrer; em segundo, quando arrebatador e desmesurado, cria uma situação de suspeição constante, verdadeiro pânico que subtrai qualquer capacidade de ação racional e direcionada<sup>5</sup>.

Grossa-PR. Dissertação [Mestrado em Direito, Estado e Sociedade]. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

<sup>3</sup> Com estratégias como, por exemplo, a ampliação das medidas de meio aberto; aprovação da já mencionada Lei do Sinase; edição da súmula 492, STJ, etc.

<sup>4</sup> DELUMEAU, Jean. *História do medo no Ocidente: 1300-1800, uma cidade sitiada*. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 13, 19.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 21.

Foi nesse contexto, ainda que ignorado por inúmeros teóricos, que emergiu um dos medos mais significativos para a sociedade ocidental: o medo da violência. Não há, contudo, um consenso sobre qual o papel que ele assume nos tempos hodiernos, se cautela justificada, ou exagero injustificado.

Há registros de que, há muito, a violência era um elemento natural das sociedades guerreiras primitivas. A guerra, conforme ensina Pierre Clastres, era a paixão e o sentido da vida de todos os jovens primevos, sempre à espera de um novo combate e de reconhecimento pelos seus atos de coragem e bravura<sup>6</sup>. Faz incontáveis anos que já não se vive mais esse sentido positivado da violência. A cada dia, o medo diante dela é reforçado por um contexto que John Keane resume como sendo de:

Guerras genocidas, cidades arrasadas pelos bombardeios, explosões nucleares, campos de concentração, ondas de crimes que se propagam como um rastro de pólvora, este século conheceu um grau de violência, planejada ou não, que supera todo o previsível, e não parece que o futuro pressagie nada melhor<sup>7</sup>.

No Brasil, mormente a partir do período republicano, acrescido pelo fator da industrialização, o medo da violência tem sido, via de regra, associado ao medo da criminalidade. Quando da queda da produção cafeeira e, antes ainda, do fim da escravatura, o plano surgido era de aplicar o capital oriundo da primeira e a mão-de-obra liberada pelo segundo em um novo setor, o industrial<sup>8</sup>. Ocorre que, conforme elucida Marco Antônio Cabral dos Santos<sup>9</sup>, o crescimento

<sup>6</sup> CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*. Ensaio de Antropologia Política. São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 216.

<sup>7</sup> “Guerras genocidas, ciudades arrasadas por los bombardeos, explosiones nucleares, campos de concentración, oleadas de crímenes que se propagan como un reguero de pólvora, este siglo ha conocido un grado de violencia, planificada o no, que supera todo lo previsible, y no parece que el porvenir augure nada mejor” (tradução nossa). (KEANE, John. *Reflexiones sobre la violencia*. Madrid: Alianza Editorial, 2000, p. 13).

<sup>8</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1999, p. 16-18.

<sup>9</sup> SANTOS, Marco Antônio Cabral dos. *Crianças e criminalidade no início do século*. In: PRIORE, Mary Del (Org.). *História das crianças no Brasil*. 6 ed. São Paulo:

populacional no início da República não foi acompanhado pelo recrudescimento de condições sociais e habitacionais, por isso boa parte da população ficou exposta a condições extremamente precárias. Fracassava o plano de redirecionar a massa escrava às indústrias; ao contrário, o que aconteceu foi que à mesma se somaram novas vítimas da pobreza urbana.

Ao mesmo tempo, prossegue aquele autor, prevaleciam na República industrial os ideais de “ordem” e “progresso”, os quais (conforme se acreditava) só poderiam ser alcançados por meio do trabalho. Portanto, toda realidade que se opusesse ao trabalho era combatida, especialmente a chamada vadiagem. De tal modo que se agravaram as crises sociais, por conseguinte, o sentimento de insegurança. Afinal, ao mesmo tempo em que se estimulava o trabalho, atividade moralizadora e disciplinar, deixava-se desatendida e desassistida boa parte da população, que não via outra solução, a não ser buscar a própria sobrevivência nas ruas. Foi assim que a criminalidade passou a ser um propulsor constante de medo e, dentro das estatísticas que a perscrutavam, sempre estiveram presentes as crianças e adolescentes como provocadores/as de ilícitos, especialmente nas ruas, onde atuavam/atuam para garantir o “ganha-pão”<sup>10</sup>.

Há muito, pois, existe uma preocupação em reprimir a criminalidade infanto-juvenil, não porque represente certo padrão de crueldade, ou porque some elevado número de atos transgressores da lei, mas porque essas práticas sempre impediram que o progresso se realizasse em sua plenitude, “manchando” a paisagem urbana e afrontando o ideal da ordem. A via mais óbvia e fácil de reverter a tão incômoda “vadiagem urbana” do público infanto-juvenil sempre foi a repressiva. Logo, o Estado avocou para si a responsabilidade de extirpar essa suposta mácula social, promovendo, historicamente, a institucionalização desses/as sujeitos/as.

Explicam Irma e Irene Rizzini<sup>11</sup> que a internação de crianças e jovens, no Brasil, é verdadeira tradição. Predomina, portanto, uma certa “cultura de institucionalização” que, ao longo dos anos, sempre

---

Contexto, 2008, p. 212-214.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 214.

<sup>11</sup> RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. *A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente*. Rio de Janeiro: Puc/Rio; Edições Loyola, 2004, p. 22-23.

vitimou mais as crianças e os jovens pobres. Começou com o período colonial, direcionada à catequização dos índios pelos jesuítas e, em seguida, voltou-se à educação dos ricos. Desde o século XVIII, contudo, visa à população pobre, a começar pelo sistema das Rodas dos Expostos que recolhia bebês abandonados. Em seguida, ainda no século XVIII, surgiram também instituições asilares para educar órfãos(ãs), comandadas por religiosos, assim como eram as Rodas dos Expostos. No século seguinte, por influência do Iluminismo, o domínio eclesiástico é colocado em questão, o que conduz a uma transformação nos asilos. O ensino não visa mais a pregação de preceitos religiosos, mas sim a transmissão de valores morais.

A respeito da institucionalização feminina, as autoras<sup>12</sup> reforçam que, desde a época das Casas dos Expostos, no século XVIII, há no Brasil institutos para exclusivo recolhimento das meninas. Sob a proteção dos religiosos ou do Estado, as órfãs recebiam toda instrução necessária para que se convertessem em “boas mães e boas donas de casa”. Até o dia em que surgisse algum pretendente ao casamento, ao qual o próprio governo pagava o dote, se necessário fosse. Esta, aliás, era considerada a melhor saída possível do regime conventual. De toda forma, seu destino mais provável era a criação por alguma família, para quem trabalhavam como domésticas. Na segunda metade do século XX, quando surgiram instituições que imiscuíam propósitos educacionais com a assistência e controle social dos pobres, as meninas finalmente saíram do regime claustral e lograram contato com o mundo exterior, mas o destino perdurou marcado pelas expectativas sociais do cuidado do lar, trabalho doméstico e do “bom” casamento.

Um regresso no tempo permite constatar que, na vigência do Império, foram instituídas as chamadas Casas de Correção, para onde iam aqueles(as) com menos de 14 anos que cometessem crimes de forma consciente, ou, nos termos do Código Criminal de 1830, com “discernimento”. Em regra, portanto, só se imputava responsabilidade criminal àqueles com 14 anos ou mais. Contudo, se os menores de 14 anos agissem com discernimento, eram institucionalizados, não podendo o recolhimento superar a idade de 17 anos<sup>13</sup>. Tal critério denuncia a absurda subjetividade que envolvia o julgamento dos infantes.

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 25-27.

<sup>13</sup> “Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem cometido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de

Lembra Tânia da Silva Pereira que a sistemática do discernimento vigorou na legislação pátria até 1921, não estando mais presente no Código Penal de 1940<sup>14-15</sup>.

Na mesma linha da normativa imperial, o Código Criminal republicano, de 1890, prosseguiu com o critério do discernimento, utilizando-se da seguinte distinção: os menores de nove anos completos jamais seriam considerados criminosos. Já os maiores de nove anos e menores de quatorze, embora não pudessem responder por crime, caso atuassem com consciência, ou seja, discernimento, deveriam ser institucionalizados. Ocorre que, conforme Marco Antônio Cabral dos Santos, na República, não se fala mais no mesmo modelo de Casas de Correção do Império, mas sim em estabelecimentos disciplinares industriais, onde adolescentes pretensamente seriam recuperados(as) por meio da pedagogia do trabalho<sup>16</sup>.

Embora houvesse na lei a previsão de tal instituição de correção, na prática, ela era inexistente. Havia mecanismos descentralizados de assistência, com propósitos mais caridosos do que quaisquer outros<sup>17</sup>. Em atendimento ao clamor social e, até mesmo, dos juristas da época, em 1902, fundaram-se instituições específicas para receber os/as adolescentes”. Até então, não havendo alternativas, eram encaminhados/as à delegacia, onde permaneciam presos por curto período. Eis que:

[...] o secretário da Justiça Bento Bueno elabora, em 1902, a lei n.º 844, que autorizava o governo a fundar um instituto disciplinar e uma colônia correccional. A Colônia Correccional destinaria-se ao enclausuramento e correção pelo

correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezasete annos”.

<sup>14</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: Uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 936.

<sup>15</sup> Ainda assim, Andréa Rodrigues Amin ressalva que: “No auge do regime militar, em franco retrocesso, a Lei n.º 5.228, de 1967, reduziu a responsabilidade penal para dezesseis anos de idade, sendo que entre dezesseis e dezoito anos de idade, seria utilizado o critério subjetivo da capacidade de discernimento. Felizmente, em 1968, retorna-se ao regime anterior com imputabilidade aos 18 anos de idade”. (AMIN, Andréa Rodrigues. *Evolução histórica do Direito da Criança e do Adolescente*. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 8).

<sup>16</sup> SANTOS, Marco Antônio Cabral dos. *Crianças e criminalidade no início do século*, p. 216.

<sup>17</sup> RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. *A institucionalização de crianças no Brasil*, p. 29.

trabalho, ‘dos vadios e vagabundos’ condenados com base nos artigos 375, 399 e 400 do Código Penal, e o Instituto Disciplinar destinaria-se não só a todos os criminosos menores de 21 anos, como também aos ‘pequenos mendigos, vadios, viciosos, abandonados, maiores de nove e menores de 14 anos’ que lá deveriam ficar até completarem 21 anos<sup>18</sup>.

Os Institutos Disciplinares os recebiam e enquadravam de acordo com sua compleição física e capacidade para o trabalho que lá realizavam. No cotidiano dessas instituições, os/as adolescentes deveriam desenvolver aptidões produtivas, ocupando o tempo com atividades agrícolas e exercícios físicos, sendo que os estudos e o lazer eram absolutamente negligenciados. Quanto ao contato com o mundo externo, ficava restrito às visitas, apenas autorizadas aos pais e mães, porém sempre junto de um funcionário. Meninos e meninas eram igualmente punidos, sujeitos às mesmas regras de disciplina, embora houvesse uma ala específica e isolada para estas<sup>19</sup>.

O Brasil tardou a se sintonizar com a legislação internacional, pautando-se, preferencialmente, por uma política higienizadora e assistencialista, que se fortaleceu, conforme visto, nos entremeios da Abolição da Escravatura e da Proclamação da República<sup>20</sup>. Em 1924, conheceu-se no plano internacional a Declaração de Genebra, primeiro documento que atentou para a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial<sup>21</sup>. No mesmo ano, o Juiz José Cândido Albuquerque Mello Mattos implementou no país o primeiro Juizado de Menores<sup>22</sup>. O mesmo decreto que criou o chamado juizado, também instituiu um “abrigo” onde meninos e meninas pudessem ser alocados, separados de acordo com sua condição de “abandonado(a)s” ou “delinquentes”<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> SANTOS, Marco Antônio Cabral dos. *Crianças e criminalidade no início do século*, p. 224.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 225-227.

<sup>20</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry; COSTA, Marli Marlene Moraes da. *Violência doméstica: Quando a vítima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar*. Florianópolis: OAB/SC, 2006, p. 40.

<sup>21</sup> Cf. SARAIVA, João Batista da Costa. *Direito Penal Juvenil: Adolescente e ato infracional – Garantias processuais e medidas socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

<sup>22</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente*, p. 936.

<sup>23</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*, p. 23.

Depois de surgido um órgão jurisdicional específico para lidar com os “menores” da época, cresceu a demanda por uma legislação específica. Na seqüência, depois de outros projetos propostos, sancionou-se então o chamado Código de Menores de 1927, ou “Código de Mello Matos” (Decreto n.o 17.343/A, de 12 de outubro de 1927), pretendendo superar concepções já ultrapassadas e substituir o modelo criminal punitivo que existia por um novo modelo educacional, disciplinador. Assim, intentava recrudescer o controle de crianças e adolescentes abandonados, órfãos, mendigos, pobres, ou até mesmo violentados, porém, sujeitando-os ao crivo da Justiça e de instituições assistencialistas<sup>24</sup>.

Não se pode olvidar que os/as chamados/as *menores*, sujeitos relativizados pela noção da pobreza e do abandono, conheceram a fundo a prática da internação, afastados/as de uma sociedade que pretendia se livrar da delinquência e da corrupção moral<sup>25</sup>. A este respeito, Edson Passetti faz a seguinte referência:

Foi com o Código de menores (decreto n. 17.343/A, de 12 de outubro de 1927), que o Estado respondeu pela primeira vez com internação, responsabilizando-se pela situação de abandono e propondo-se a aplicar os corretivos necessários para suprimir o comportamento delinqüencial. Os abandonados agora estavam na mira do Estado<sup>26</sup>.

A primeira instituição de internação e correção que acolheu os *menores* depois de promulgado o Código de Menores de 1927, de acordo com Tânia da Silva Pereira<sup>27</sup>, foi o chamado “Instituto Sete de Setembro”. Em 1940, entrou em vigor no país um novo Código Penal, cujas diretrizes previam a inimputabilidade dos menores de 18 anos. A normativa da época apontava então para a necessidade de internação somente dos menores de 18 anos.

<sup>24</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry; COSTA, Marli Marlene Moraes da. *Violência doméstica*, p. 18, p. 45.

<sup>25</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry; CUSTÓDIO, André Viana. *Trabalho Infantil: a negação do ser criança e adolescentes no Brasil*. Florianópolis: OAB/SC, 2007, p. 64.

<sup>26</sup> PASSETTI, Edson. Crianças carentes e políticas públicas. In: PRIORE, Mary Del (Org.). *História das crianças no Brasil*, p. 354-355.

<sup>27</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente*, p. 937.

A busca pela centralização dos programas de assistência à infância e à adolescência fortaleceu-se com o governo de Getúlio Vargas, período em que, nos termos de Irma e Irene Rizzini, “intervir junto à infância tornou-se uma questão de defesa nacional”, em virtude da ameaça comunista que pairava<sup>28</sup>. Foi assim que, em 1941 surgiu o SAM, “Serviço de Assistência a Menores”.

Desde a extinção do SAM, emergiu a proposta de criação de um substituto. Em 1964, durante o período ditatorial, surgiu no Brasil a chamada Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBM), em sintonia com a Lei de Segurança Nacional da época (Decreto-Lei n.o 314, de 13 de março de 1967). Afinal, a questão se havia convertido em verdadeiro problema social. Para Edson Passetti, a nova política intentou romper com a prática repressiva dantes existente e implementar uma sistemática pautada por aspectos biopsicossociais, ponderando sobre a “personalidade, o desempenho escolar, as deficiências potenciais e as de crescimento”<sup>29</sup> dos/as denominados/as abandonados/as e infratores/as. Era uma tentativa claramente positivista de reverter a “patologia social” vivida, com pressupostos educativos, uma verdadeira “Anti-SAM”. Mas, assim como suas precursoras, fracassou.

No bojo da Política Nacional, estava a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, substituta do SAM e cuja tarefa era a centralização e a unificação dos termos da política indicada. No âmbito estadual, a execução cabia às conhecidas FEBEMs, ou Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor<sup>30</sup>. Anos depois, em virtude da persistência do problema da *menoridade*, a Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM) foi consolidada pelo Código de Menores de 1979 (Lei 6.697/79). Não se fala mais em *menor*. Fala-se, então, em *menor em situação irregular*. O novo código fundamenta, pois, a chamada Doutrina da Situação Irregular. A este respeito, Josiane Rose Petry Veronese e Marli Marlene Moraes da Costa asseveram:

O novo sistema normativo é inspirado na ‘Doutrina da Situação Irregular’, a qual considerava em *situação irregular* as crianças privadas das condições essenciais de sobrevivência, mesmo que eventuais; as vítimas de maus-tratos e de castigos

<sup>28</sup> RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. *A institucionalização de crianças no Brasil*, p. 33.

<sup>29</sup> PASSETTI, Edson. *Op. cit.*, p. 357.

<sup>30</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *Op. cit.*, p. 937

imoderados; as que se encontrassem em perigo moral, entendidas como as que viviam em ambientes contrários aos bons costumes e as vítimas de exploração por parte de terceiros; as privadas de representação legal pela ausência dos pais; as que apresentassem desvio de conduta e as autoras de atos infracionais, conforme o art. 2º do referido Código<sup>31</sup>.

Nesse caso, verifica-se que a simples troca de paradigmas, do “menorismo” para a “situação irregular”, em nada amenizou o tratamento repressivo e estigmatizante das crianças pobres e abandonadas/as. Em decorrência disso, embora o critério de inimputabilidade aos menores de 18 anos persistisse, no período de vigência do Código de Menores de 1979, esses sujeitos não tinham garantias processuais substanciais, sendo institucionalizados, em regra, em virtude da sua “situação irregular” (nos termos da lei) e não (somente) em razão do ato ilegal cometido.

Enfim, foi preciso mais uma década para que se despertasse para a necessidade de uma efetiva tutela às crianças e às/aos adolescentes. Foi apenas no século XX que a consagração dos direitos humanos permitiu que os direitos infanto-juvenis assumissem hierarquia constitucional<sup>32</sup>.

### 3. Entre a proteção integral e a institucionalização das adolescentes pela prática de ato infracional equiparado ao tráfico de drogas

Dentre diversos outros pactos<sup>33</sup> relevantes à proteção da infância e adolescência, destaca-se a Convenção Internacional dos Direitos da

<sup>31</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry; COSTA, Marli Marlene Moraes da. *Violência doméstica*, p. 47.

<sup>32</sup> GROSMAN, Cecilia P. El maltrato infantil en la familia: el encuentro entre lo público y lo privado. In: CADOCHE, Sara Noemí (Directora). *Violencia familiar*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, [200-?], p. 165.

<sup>33</sup> Josiane Rose Petry Veronese e Marli Marlene Moraes da Costa destacam o “Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos”, datado de 1966, em vigor no Brasil a partir de 1992, porém, ainda suscitando a proteção da “condição de menor”. Também em vigor no Brasil a partir de 1992, as autoras indicam o “Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, de 1966, que já traz uma concepção mais avançada, reconhecendo a dignidade das crianças e adolescentes. Por fim, apontam também a “Convenção Americana de Direitos Humanos”, o “Pacto de São José da Costa Rica”, cuja ratificação pelo Brasil se deu, igualmente, em 1992 e que confere a crianças e adolescentes o direito à

Criança, de 1989, que sucedeu a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, esta última, sem força coercitiva, porém também dotada de importância, já que evidenciou uma séria preocupação em resguardar a criança e o adolescente em um contexto pós-guerra.

A Convenção é verdadeiro marco, porque é em seu bojo que se consagra a chamada Doutrina da Proteção Integral, conjunto de formulações teórico-jurídicas e sócio-políticas que prediz que crianças e adolescentes em especial condição de desenvolvimento são portadores de direitos específicos e devem ser sujeitos de políticas básicas direcionadas, sob atuação do Estado, da família e da sociedade. Além disso, o citado diploma internacional releva também o princípio do melhor interesse da criança, pelo qual os/as responsáveis têm o dever de garantir proteção e cuidado a esses sujeitos, sendo também dever do Estado suprir eventuais lacunas de atuação, nesse sentido<sup>34</sup>.

Em conformidade com o texto da Convenção Internacional, ratificada pelo Brasil via Decreto n.º 99.710, de 21/11/90<sup>35</sup>, a Constituição da República Federativa brasileira de 1988 finalmente se harmonizou com as iniciativas que haviam sido tomadas no plano internacional, assegurando, prioritariamente, os direitos da criança e do(a) adolescente, sob total responsabilidade do Estado, da família e da sociedade (art. 227, *caput*, da Constituição Federal, de 1988). O texto constitucional, por sua vez, foi regulamentado pelas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, diploma este que chancela a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, coadunando-se com as exigências do art. 19 daquela<sup>36</sup>.

proteção de sua condição, pelos membros da família, do Estado e da sociedade. (VERONESE, Josiane Rose Petry; COSTA, Marli Marlene Moraes da. *Violência doméstica*, p. 19-20).

<sup>34</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente*, p. 22.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 954.

<sup>36</sup> ARTIGO 19

1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

2. Essas medidas de proteção deveriam incluir, conforme apropriado, procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais capazes de proporcionar uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado, bem como para outras formas de prevenção, para a identificação, notificação,

Desde então, crianças e adolescentes são reconhecidos(a) pelo Estado brasileiro como sujeitos em especial condição de desenvolvimento, dotados de direitos que devem ser atendidos em situação prioritária, o que implica em dizer que “não é mais obrigação exclusiva da família e do Estado: é um dever social”<sup>37</sup>, por isso, reforça Tânia da Silva Pereira que “as políticas básicas voltadas para a juventude devem agir de forma integrada entre a família, a sociedade e o Estado”<sup>38</sup>.

A nova sistemática protetiva gerou reflexos no plano da institucionalização dos adolescentes em conflito com a lei, especialmente porque reforçou a importância do convívio familiar e comunitário.

Percebe-se, logo, que os valores de *liberdade, respeito e dignidade* formam a estrutura basilar da Doutrina da Proteção Integral. Em constante co-relação, asseguram uma verdadeira rede de proteção aos direitos infante-juvenis, em sua plenitude. No bojo da Doutrina da Proteção Integral, a institucionalização em virtude da prática de ato infracional se dá com as medidas de inserção em regime de semi-liberdade e internação em estabelecimento educacional (art. 112, incs. V e VI, da Lei 8.069/90). Nos termos do art. 105 da mesma lei, só se aplica aos(às) adolescentes (definidos pelo mesmo diploma como os sujeitos que tenham entre doze e dezoito anos de idade – art. 2º). A privação de liberdade, ainda, deve ser vista como medida excepcional, cabível somente em caso de flagrante de ato infracional ou em virtude de ordem judicial escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 106). Sendo que a internação preventiva só se aplica se houver fundamentação para tanto e indícios de autoria e materialidade que a justifiquem (art. 108).

A importância em se avaliar a condição das adolescentes institucionalizadas no Brasil se reforça por meio da análise sistemática do *Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo do Adolescente em conflito com a lei*<sup>39</sup>. Já no ano de 2006, ou seja, há uma década, havia 15.426 adolescentes no sistema socioeducativo de meio fechado no

---

transferência a uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento posterior dos casos acima mencionados de maus tratos à criança e, conforme o caso, para a intervenção judiciária.

<sup>37</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente*, p. 26.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>39</sup> BRASIL. *Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo do Adolescente em conflito com a lei*. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/spdca/atendimento%20socioeducativo/atendimento%20socioeducativo.htm>.

Brasil, sendo que a maioria cumpria medida de internação. O mesmo levantamento indicou que, dentre os estados brasileiros, os que concentravam a maior população de internos eram São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Pernambuco e Paraná. Nos termos dessa pesquisa:

Na média nacional, **96% dos adolescentes cumprindo medida de meio fechado no país são do sexo masculino**. Uma hipótese é que isso se deve ao diferente formato de participação nos delitos dependendo do gênero; enquanto os meninos assumem geralmente um papel de protagonista e expõem-se mais à categorização de autoria direta, as meninas tendem a participar mais na “retaguarda”. A discrepância é maior na internação provisória, onde existem 30 meninos para cada menina. Comparativamente, **entre 2002-2006 a população masculina sofreu um acréscimo de 29% enquanto a feminina decresceu 0,5%**. Os únicos estados onde o crescimento do número de internas foi expressivamente maior que o de internos foram GO, ES e RO<sup>40</sup>. (destaque no original)

A média nacional precisa, conforme o levantamento à época, apontava que 96,32% de todos os adolescentes cumprindo medida de meio fechado no país eram do sexo masculino. A região que mais concentrava meninas era o Centro-Oeste (4,78% de meninas) e a que menos concentrava era o Sul (2,55% do sexo feminino). No âmbito estadual, eram os estados de Rondônia (10,2%) e Mato Grosso do Sul (8,98%) que contavam com maior participação feminina e era o estado do Piauí (14,29% de meninas) que contava com maior participação feminina no que tange à medida de internação. Ou seja, ainda que o índice de adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei seja tradicionalmente baixo com relação ao masculino, é mister avaliar os comportamentos e as estratégias que essas diferenças consolidam nos centros de internação. Sobretudo quando se leva em conta, conforme dados reafirmados pela pesquisa de campo, que a ampla maioria de meninas privadas de sua liberdade o são por decorrência da prática de ato infracional equiparado ao tráfico de drogas.

Portanto, o empenho em perscrutar como a proteção integral, ao longo do período de internação, perpassa pela necessidade de

---

<sup>40</sup> *Ibidem*.

respeito às diferenças de gênero, deve deixar bem claro que, ao lado dessas disparidades, remanescem também outras que determinam a condição de vida da maioria das adolescentes institucionalizadas, marcadores estes que, no Brasil, fazem parte da trilha repressiva da guerra às drogas.

No plano internacional, as Regras de Beijing expressaram semelhante preocupação, já que, na quinta parte do documento em questão, no que toca ao tratamento institucional, infere-se:

26.4 A jovem infratora institucionalizada merece especial atenção no que diz respeito às suas necessidades e problemas pessoais. Em nenhum caso receberá menos cuidado, proteção, assistência, tratamento e capacitação que o jovem do sexo masculino. Será garantido seu tratamento equitativo.

Embora sejam poucas as previsões que externam alguma preocupação em relacionar o tema da proteção integral com o gênero, enquanto perdurar a estrita vinculação das práticas institucionalizantes com a incorrência de ato infracional análogo ao tráfico de drogas, será premente retratá-los de forma paralela.

Enfim, mesmo havendo, na legislação, ou no rol de políticas públicas existentes, parcos apontamentos específicos de quais medidas diferem o trato dos adolescentes e das adolescentes cumpridoras de medida socioeducativa de internação – como a necessidade de construção de berçários nas unidades femininas, ou a exigência genérica de que se promova a socioeducação em respeito às condições de gênero –, na prática, os reflexos são pífios e claramente ineficazes.

#### 4. Da teoria à prática: as reais condições de vida das adolescentes institucionalizadas

Conforme exposto, muito embora a rede normativa existente contemple o dever de cuidado e proteção integral das meninas autoras de ato infracional, a política repressiva cria condições concretas muito particulares para esta parcela privada de liberdade.

Em pesquisa apontada por Simone Gonçalves de Assis, da Fundação Oswaldo Cruz, as adolescentes em conflito com a lei são vistas como adolescentes em situação de extrema vulnerabilidade, merecedoras de especial atenção. Explica que, ao contrário dos adolescentes, que externam os sentimentos decorrentes da violência e da exclusão

com atitudes agressivas, as adolescentes expressam em suas falas uma dor intensa que guardam para si<sup>41</sup>. Ainda, em alguns centros, a doutrina relata ser comum a prática da violência institucional, em virtude da preferência que alguns educadores e técnicos manifestam em trabalhar com meninos. Veja-se, em caráter exemplificativo, o que referem Fernanda Graneiro Bastos e Márcia Nogueira da Silva, em pesquisa específica sobre a violência institucional contra a mulher adolescente e jovem, cujos dados foram levantados a partir de discussões com educadores e técnicos de diversas instituições:

[...] a associação de outras características à adolescência, como o recorte de classe e gênero, a orientação sexual e a etnia, pode potencializar a vulnerabilidade para as práticas violentas. Mulheres adolescentes, negras e pobres sofrem mais preconceito e violência nas instituições. Em espaços de discussão com educadores e técnicos das instituições de abrigo e cumprimento de medidas socioeducativas, é recorrente nos depararmos com concepções que revelam a preferência em trabalhar somente com rapazes<sup>42</sup>.

Outro aspecto que merece atenção, com referência aos dados levantados sobre o atendimento socioeducativo, diz respeito à capacidade e à lotação total por estado e por gênero. Ao longo da história ocidental, conforme elucidada Luzinete Simões Minella<sup>43</sup>, o processo de socialização de meninos e meninas se construiu de forma diferenciada, diferença esta que foi incrementada pelas dimensões de classe e etnia. De tal forma que, às meninas pobres de antigamente, cabiam somente os afazeres domésticos, ou, excepcionalmente, o trabalho nas fábricas; às meninas abastadas, a educação doméstica, o que incluía leitura e música; aos meninos pobres, o trabalho; aos meninos ricos, a educação

<sup>41</sup> ASSIS, Simone Gonçalves de. *A adolescente e a violência*. Disponível em: [http://200.130.7.5/spmu/docs/viol\\_mul\\_jovem.pdf](http://200.130.7.5/spmu/docs/viol_mul_jovem.pdf). Acesso em: 06 abr. 2009, p. 28.

<sup>42</sup> BASTOS, Fernanda Graneiro; SILVA, Márcia Nogueira da. Violência institucional contra a mulher adolescente e jovem: da inadequação ao acolhimento. In: TAQUETTE, Stella R. (Org.). *Violência contra a mulher adolescente/jovem*. Disponível em: [http://200.130.7.5/spmu/docs/viol\\_mul\\_jovem.pdf](http://200.130.7.5/spmu/docs/viol_mul_jovem.pdf). Acesso em: 11 ago. 2008.

<sup>43</sup> MINELLA, Luzinete Simões. Papéis sexuais e hierarquias de gênero na História Social sobre infância no Brasil. *Cadernos Pagu*, n. 26. Campinas, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n26/30395.pdf>. Acesso em: 13 set. 2009.

formal e a formação profissional superior. Nesse sentido, a própria institucionalização das meninas tinha o propósito de prepará-las para a vida doméstica e um bom casamento.

Portanto, o controle social informal incisivo sobre o comportamento das mulheres em sociedade<sup>44</sup> é um dos fatores capazes de explicar por que a situação das adolescentes e das mulheres envolvidas em condutas ilícitas nunca foi objeto de estudo ou preocupação constante. Outros possíveis fatores explicativos para tal negligência, de acordo com Simone Gonçalves Assis e Patrícia Constantino<sup>45</sup> seriam a reduzida incidência dessas condutas, se comparada com a masculina, o preconceito aos desajustes da conduta social feminina e a ausência de pressão por parte da opinião pública.

De grande importância nesse contexto é o papel assumido pela Criminologia Feminista que levantou uma variedade de assuntos relacionados à violência praticada por mulheres, além de tratar das práticas de violências contra as mulheres e das experiências das mulheres no sistema de justiça criminal. Consoante elucidam George Vold, Thomas Bernard e Jeffrey Snipes<sup>46</sup>, existem alguns desmembramentos da Criminologia Feminista, com inúmeros desacordos e diferentes entendimentos. De todo modo, as primeiras escritas feministas em Criminologia consubstanciavam críticas à teoria criminológica tradicional, por ter ignorado ou distorcido uma série de questões ligadas às mulheres criminosas. Teorias tradicionais costumavam explicar o comportamento criminal de homens, ou eram neutras em termos de gênero, ignorando as relações socialmente construídas entre homens e mulheres que são associadas aos conceitos de masculinidade e feminilidade. As teorias etiológicas tradicionais que tentaram abordar essas questões focavam em características que supunham a inferioridade das mulheres e tendiam a reforçar a sua subordinação frente aos homens. Enfim, nenhuma das teorias tradicionais acompanhou ou discutiu os novos papéis tomados pelas mulheres como parte daquilo que nos

<sup>44</sup> V. FACHINETTO, Rochele Fellini. *A "casa de bonecas": um estudo de caso sobre a unidade de atendimento sócio-educativo feminino do RS*. 2008. 215 fls. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 102.

<sup>45</sup> ASSIS, Simone Gonçalves de; CONSTANTINO, Patrícia. *Filhas do mundo: infração juvenil feminina no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000, p. 13.

<sup>46</sup> Cf. VOLD, George B.; BERNARD, Thomas J.; SNIPES, Jeffrey B. *Theoretical Criminology*. 5. Ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002.

anos 70 foi chamado de “liberação feminina” e como aqueles papéis impactavam a participação das mulheres na esfera criminal.

Foi especialmente na década de 1990 que, no Brasil, cresceu a abordagem a respeito da participação das adolescentes na vida infracional. Isso porque o envolvimento em infrações ligadas ao tráfico de drogas nesse período cresceu significativamente. Esta se converteu na maior causa de aprisionamento de mulheres e adolescentes do sexo feminino, no país<sup>47</sup>, dado este que é correntemente apontado em pesquisas feitas com adolescentes autoras de ato infracional.

Mesmo diante desse sensível aumento na análise da vida infracional das adolescentes, é forçoso reconhecer que as correntes da Criminologia Feminista não alcançaram, ao longo dos anos, uma visão homogênea sobre a questão. Porque isso custaria o esquecimento de outras divisões extremamente importantes, como as de etnia, idade ou classe social, por exemplo.

Fundamental, assim, é se preocupar em afrontar, de uma só vez, a questão feminina e a questão criminal, questionando como e por que, historicamente, o próprio Direito tem sido direcionado aos homens, enquanto que, às mulheres, prioriza-se o controle social informal consubstanciado, sobretudo, na família e na educação doméstica. Por isso, importa questionar se, no momento em que as mulheres (ou as adolescentes, por óbvio) não atendem às expectativas desse tipo de controle e, além disso, afrontam o Direito, razão pela qual devem ser punidas com a privação da liberdade, a vida no “cárcere” servirá para reproduzir (ou não) a subordinação nas relações de gênero. Essa investigação não pode deixar de lado, ademais, o questionamento sobre a possibilidade de, às diferenças de gênero, agregarem-se também outras diferenças.

Nesse diapasão, em pesquisa realizada por Simone Gonçalves de Assis e Patrícia Constantino, verificou-se que a população de adolescentes institucionalizadas em centros de socioeducação do Rio de Janeiro estão sujeitas a três tipos de discriminação: de gênero, raça e classe social. Entendem as autoras que: “Ser mulher, pobre e descendente da raça negra, no contexto de discriminação existente no país, certamente limita as possibilidades de crescimento e desenvolvimento juvenil, como também restringe e facilita algumas ‘opções’ feitas”<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> ASSIS, Simone Gonçalves de; CONSTANTINO, Patrícia. *Filhas do mundo*, p. 47.

<sup>48</sup> ASSIS, Simone Gonçalves de; CONSTANTINO, Patrícia. *Filhas do mundo*, p. 28.



De acordo com Rochele Fellini Fachinetto, o que ocorre em unidades sócio-educativas é a elaboração de um planejamento de atividades controladas para criar “uma nova identidade entre as adolescentes, muito distante dos hábitos que tinham antes de serem institucionalizadas”<sup>49</sup>. Por isso a autora chama a internação de “laboratório de transformação”. Contudo, mesmo com tantas mudanças (das mais profundas às mais superficiais), o que acontece nos centros é, na realidade, um processo de socialização secundária das adolescentes que ali se encontram. Explica que, no primeiro caso, as adolescentes deveriam romper drasticamente com seu passado para assimilar uma nova perspectiva de vida. Ao contrário disso, o que acontece é a permanência dos valores e da biografia básica delas para que, sobre isso, se consolidem as propostas sócioeducativas. Por isso, em regra há, por parte das internas, “um estranhamento e uma repulsa a esse novo universo que lhes é imposto”<sup>50</sup>. Nesse processo, a despeito das dificuldades e resistências enfrentadas, é fundamental apresentar uma prática cotidiana voltada para a promoção da igualdade material de gênero.

Se, consoante Simone de Assis e Patrícia Constantino<sup>51</sup>, o processo tradicional de socialização feminina impede que as adolescentes entrem com maior frequência no mundo infracional, de outro modo, para Rochelle Fachinetto<sup>52</sup>, uma vez institucionalizadas, passam a ser negativamente vistas pela comunidade e pela sociedade como um todo. Estigmatizadas, é difícil entender se a punição maior está na instituição, ou na sociedade.

Embora o Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como o SINASE, indiquem que a institucionalização dos(as) adolescentes deve se dar em localidade próxima à sua residência de origem, a distância das famílias é um entrave significativo à inserção social das adolescentes. A mesma circunstância foi apontada por Rochele Fachinetto<sup>53</sup>, sobre a realidade da unidade “Casa de bonecas”.

<sup>49</sup> FACHINETTO, Rochele Fellini. *A “casa de bonecas”*: um estudo de caso sobre a unidade de atendimento sócio-educativo feminino do RS. 2008. 215 fls. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 58.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>51</sup> ASSIS, Simone Gonçalves de; CONSTANTINO, Patrícia. *Filhas do mundo*, p. 21.

<sup>52</sup> FACHINETTO, Rochele Fellini. *A “casa de bonecas”*, p. 177-179.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 184-185.

Para Rochele Fachinetto<sup>54</sup>, a família encara diferentemente a prática do ato infracional por meninas e por meninos, porque, no primeiro caso, considera-se o sujeito duplamente culpado: além de infringir leis morais da sociedade, agindo em desacordo com aquilo que se espera de uma “mulher”, ainda são quebrados os estatutos jurídicos pré-estabelecidos.

A educação de meninas, consoante lição de June Edith Hahner<sup>55</sup>, por muito tempo, no Brasil, esteve associada a um processo de preparação para o cuidado do lar e para a maternidade. No período do Império, costumava-se afirmar que o progresso do país dependia da educação da infância, enquanto que esta dependia da educação da mulher, porque só com mulheres educadas é que havia modos de se constituir boas famílias. Essa educação, explica a autora, era tanto intelectual quanto moral. Porém, no plano intelectual, havia significativas diferenças entre homens e mulheres, já que àqueles eram dadas obras de política e filosofia, enquanto a estas reservavam-se apenas as obras devocionais e moralizadoras. Foi apenas em 1875 que a escola de medicina do Rio de Janeiro considerou a possibilidade de admitir mulheres em seu quadro de estudantes. Em 1888, graduaram-se as duas primeiras bacharéis em Direito brasileiras.

Apesar dessas conquistas, é forçoso admitir que, em dias atuais, a educação não é garantida à totalidade dos(as) adolescentes do país. Por isso Tatiana Yokoy de Souza afirma que “os adolescentes das classes de baixo poder aquisitivo verificam que o investimento na própria escolarização não é garantia de emprego ou de cidadania”<sup>56</sup>. E o que dizer dos(as) adolescentes institucionalizados(as) em razão da prática de ato infracional? A mesma autora alerta:

Os adolescentes em cumprimento de medida de privação de liberdade possuem dificuldades para falar sobre as próprias perspectivas para o futuro, conforme verificado por Pereira (2002). Seus discursos são permeados por crenças fatalistas

<sup>54</sup> FACHINETTO, Rochele Fellini. *A “casa de bonecas”*, p. 187.

<sup>55</sup> HAHNER, Edith June. *Emancipação do sexo feminino: a luta pelos direitos da mulher no Brasil, 1850-1940*. Trad. Eliane Tejera Lisboa. Florianópolis: Editora Mulheres, 2003, p. 123-154.

<sup>56</sup> SOUZA, Tatiana Yokoy de. Um estudo dialógico sobre institucionalização e subjetivação de adolescentes em uma casa de semiliberdade. São Paulo: IBC-CRIM, 2008, p. 63.

e conformistas, ao reconhecer os limites sociais dados pela falta de profissionalização e de escolaridade<sup>57</sup>.

No trabalho de Simone Assis e Patrícia Constantino, a gravidez na fase infanto-juvenil e o número constante de abortos são tidos como demonstrativo também de uma precoce e desprotegida vida sexual. As autoras traçam o destino certo dos filhos nascidos dessas adolescentes: “Os filhos nascidos dessas adolescentes tiveram destino similar ao relatado pelos rapazes infratores: foram viver com as avós, algumas das quais já haviam abandonado os próprios filhos”<sup>58</sup>.

Em 2007, a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, em parceria com o Ministério da Justiça, em ação pioneira àquela época, lançou um relatório sobre o sistema prisional feminino brasileiro, descrevendo a situação das mulheres encarceradas no país. O trabalho conjunto objetivava, principalmente, promover educação, saúde, trabalho e acompanhamento jurídico para as mulheres presas; fixar critérios para elaboração de Decreto de Indulto Natalino que também contemplasse as mulheres; fixar um percentual ao Fundo Penitenciário Nacional para ser encaminhado a presídios femininos; estabelecer bases mínimas de tratamento às mulheres presas, a serem incorporadas nos Regimentos Internos das prisões femininas; estabelecer um regimento unificado para regulamentar a relação das presas mães com seus filhos(as) dentro dos estabelecimentos prisionais; propor instalações físicas adequadas, etc<sup>59</sup>.

Não cabe aqui, destaque-se, retratar em minúcias o levantamento feito com a população encarcerada feminina. Algumas informações, contudo, merecem ser destacadas. A primeira delas é que, em 2006, o número de mulheres presas no país era de 14.058, para 294.728 homens.<sup>60</sup> Interessante notar, nesse contexto, que o perfil das mulheres presas é muito semelhante ao das adolescentes institucionalizadas – são jovens, mães solteiras, a maioria delas negras e condenadas por envolvimento secundário nos esquemas de tráfico de drogas. Seus(uas)

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>58</sup> ASSIS, Simone Gonçalves de; CONSTANTINO, Patrícia. Filhas do mundo, p. 64.

<sup>59</sup> V. SPM. *Grupo de trabalho interministerial: reorganização e reformulação do sistema prisional feminino*. Disponível em: [http://200.130.7.5/spmu/docs/GTI\\_LivroFinalCompleto.pdf](http://200.130.7.5/spmu/docs/GTI_LivroFinalCompleto.pdf). Acesso em: 04 jan. 2010.

<sup>60</sup> SPM. *Grupo de trabalho interministerial*, p. 26-30.

filhos(as) são criados(as) pelos avós e as visitas no cárcere são bem menos frequentes do que aos presos homens<sup>61</sup>. As carências enfrentadas nos presídios femininos também estão bem próximas às dificuldades vivenciadas nas unidades socioeducativas.

Em qualquer outra circunstância, comparações entre mulheres presas e adolescente autoras de atos infracionais teriam de ser refutadas, já que se opõem aos pressupostos da Doutrina da Proteção Integral e da Responsabilização Estatutária que visa distinguir claramente o Direito Penal do universo infanto-juvenil. Nesse caso, contudo, a comparação é urgente.

Finalmente, devemos questionar como a política repressiva do tráfico tem imputado às adolescentes o custo de um destino incontornável. Como relegar ao esquecimento todo esse contingente de sujeitas?

## 5. Considerações finais

A experiência da privação da liberdade para adolescentes é particularmente diferente para as meninas, porque arrisca reproduzir modelos de socialização que limitam sobremaneira as escolhas por um destino diverso. A estrita relação da vida infracional destas sujeitas com as redes de traficância tem levado à concretização de uma cultura de institucionalização que, a despeito de contar com uma origem histórica, ganha novos recortes sob o manto da chamada proteção integral.

É preciso desvelar, problematizar e questionar essa cultura de institucionalização que atinge diretamente a vida das meninas e que se potencializa com a participação destas nas redes de tráfico, definindo seus destinos também na vida adulta e, ao fazê-lo, considerar igualmente outros marcadores sociais que estão imiscuídos nesta complexa relação: geração, etnia, classe social.

A leitura desta realidade a partir dos matrizes da Criminologia Feminista permite ressaltar, também, como a participação das meninas na vida infracional do tráfico é capaz de frustrar expectativas sociais que não se depositam sobre os meninos e que, por isso, produzem para elas consequência distintas, que vão desde a violência institucional, até o rompimento de vínculos familiares e afetivos.

Finalmente, é preciso considerar como os mecanismos de responsabilização estatutária têm reproduzido papéis de gênero que não

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 35.

criam para essas adolescentes possibilidades de romper com a prática infracional e traçar novos destinos.

## Referências

ASSIS, Simone Gonçalves de. *A adolescente e a violência*. Disponível em: [http://200.130.7.5/spmu/docs/viol\\_mul\\_jovem.pdf](http://200.130.7.5/spmu/docs/viol_mul_jovem.pdf). Acesso em: 06 abr. 2009.

ASSIS, Simone Gonçalves de; CONSTANTINO, Patrícia. *Filhas do mundo: infração juvenil feminina no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000.

BRASIL. *Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo do Adolescente em conflito com a lei*. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/spdca/atendimento%20socioeducativo/atendimento%20socioeducativo.htm>.

CADOICHE, Sara Noemí (Directora). *Violencia familiar*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, [200-?].

CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*. Ensaio de Antropologia Política. São Paulo: Brasiliense, 1982.

DELUMEAU, Jean. *História do medo no Ocidente: 1300-1800, uma cidade sitiada*. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

FACHINETTO, Rochele Fellini. *A “casa de bonecas”*: um estudo de caso sobre a unidade de atendimento sócio-educativo feminino do RS. 2008. 215 fls. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

HAHNER, Edith June. *Emancipação do sexo feminino: a luta pelos direitos da mulher no Brasil, 1850-1940*. Trad. Eliane Tejera Lisboa. Florianópolis: Editora Mulheres, 2003.

KEANE, John. *Reflexiones sobre la violencia*. Madrid: Alianza Editorial, 2000.

MACHADO, Isadora Vier. *Adolescentes institucionalizadas: um estudo sobre Proteção Integral e gênero no Centro de Socioeducação da Região de Ponta Grossa-PR*. Dissertação [Mestrado em Direito, Estado e Sociedade]. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MINELLA, Luzinete Simões. Papéis sexuais e hierarquias de gênero na História Social sobre infância no Brasil. *Cadernos Pagu*. n. 26. Campinas, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n26/30395.pdf>. Acesso em: 13 set. 2009.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: Uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PRIORE, Mary Del (Org.). *História das crianças no Brasil*. 6 ed. São Paulo: Contexto, 2008.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. *A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente*. Rio de Janeiro: Puc/Rio; Edições Loyola, 2004.

SARAIVA, João Batista da Costa. *Direito Penal Juvenil: Adolescente e ato infracional – Garantias processuais e medidas socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SOUZA, Tatiana Yokoy de. *Um estudo dialógico sobre institucionalização e subjetivação de adolescentes em uma casa de semiliberdade*. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

SPM. *Grupo de trabalho interministerial: reorganização e reformulação do sistema prisional feminino*. Disponível em: [http://200.130.7.5/spmu/docs/GTI\\_LivroFinalCompleto.pdf](http://200.130.7.5/spmu/docs/GTI_LivroFinalCompleto.pdf). Acesso em: 04 jan. 2010.

TAQUETTE, Stella R. (Org.). *Violência contra a mulher adolescente/jovem*. Disponível em: [http://200.130.7.5/spmu/docs/viol\\_mul\\_jovem.pdf](http://200.130.7.5/spmu/docs/viol_mul_jovem.pdf). Acesso em: 11 ago. 2008.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1999.

VERONESE, Josiane Rose Petry; COSTA, Marli Marlene Moraes da. *Violência doméstica: Quando a vítima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar*. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

VERONESE, Josiane Rose Petry; CUSTÓDIO, André Viana. *Trabalho Infantil: a negação do ser criança e adolescentes no Brasil*. Florianópolis: OAB/SC, 2007.

VOLD, George B.; BERNARD, Thomas J.; SNIPES, Jeffrey B. *Theoretical Criminology*. 5. Ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002.

# Direitos humanos e o tráfico de drogas:

A repercussão do caso “matemático” nas redes sociais desde um debate concreto

5

*Gustavo Noronha de Ávila<sup>1</sup>  
Vera Maria Guilherme<sup>2</sup>*

## 1. Contextualização

No dia 05 de Maio de 2013, domingo, o Programa “Fantástico” da Rede Globo divulgou imagens<sup>3</sup> de uma ação da polícia civil carioca. A linguagem utilizada pela repórter era, surpreendentemente, em tom de lamento. Invertido o habitual discurso, a reportagem trazia um claro exemplo de despreparo policial.

Do alto dos céus, em um helicóptero, os agentes policiais monitoravam a movimentação de um (suposto) traficante de drogas, conhecido como “Matemático”. A edição mostrada na reportagem inicia a partir da entrada do “suspeito” em um carro conduzido por outra pessoa. Após o carro se deslocar por algumas quadras, um ansioso policial ordena: “Pega! Pega! Pega!”. Os agentes abrem (pesado) fogo durante pelo menos 30 segundos. O veículo percorre mais 1km e pára.

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor da Graduação e Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis/Laureate International Universities. Professor da Especialização em Ciências Penais da Universidade Estadual de Maringá. Advogado.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis/Laureate International Universities. Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal no Centro Universitário Ritter dos Reis / Laureate International Universities, campus Porto Alegre. Advogada.

<sup>3</sup> [POLEMICA] - Imagens mostram perseguição e caçada ao traficante Matemático (Fantastico). 2013. Visto em 15 de Agosto de 2013. Proveniente da “World Wide Web”: <<http://www.youtube.com/watch?v=8SBd2NklajU>>.

É iniciada uma troca de tiros que, em sua maioria, atingem o (suposto) traficante. O revide tem como resultado dois disparos atingindo o helicóptero, porém longe da possibilidade de colocar a integridade dos agentes estatais em risco (de acordo com o próprio comandante da operação). As rajadas de projéteis de arma de fogo cruzam os céus, expondo a perigo de morte os moradores da comunidade.

Enquanto os pedidos de “Dá! Dá! Dá!” seguiam, um dos policiais retrucava: “Eu não estou vendo!”, ainda assim os disparos não cessaram.

Felizmente, ninguém se fere. A exceção é o traficante que morre em função dos tiros vindos do alto.

O comandante da operação é questionado pela repórter sobre a necessidade da exposição e da atuação naquele modo. Responde justificando desde a “periculosidade” do (suposto) traficante e afirmando que aeronave também havia sido alvo e disparos. José Mariano Beltrame, secretário de segurança pública, responde em sentido semelhante. Afirma, por outro lado, que se fossem verificadas responsabilidades, estas seriam apuradas.

A ação não ocorrera na semana anterior, mas sim há mais de um ano. Havia conhecimento sob sua forma de condução, mas, ao que se supõe, fora considerada “normal”.

## 2. Quem era Matemático e a quem interessaria a sua morte?

Segundo noticiado pelas mídias<sup>4</sup>, Márcio José Sabino Pereira ficou conhecido como Matemático, um traficante criado na região de Senador Camará, onde atuava como líder do tráfico de drogas.

Não encontramos dados referentes à sua vida ou à forma pela qual acabou entrando para o mundo do tráfico de drogas. Aparece nos sites já adulto, e participando ativamente do Terceiro Comando, tendo passado a integrar o racha da organização, o Terceiro Comando Puro, que controlava os morros da Coreia, Rebu, Vila Aliança, Taquaral e Sapo, na zona oeste do Rio de Janeiro, tradicionalmente controlada pelo Terceiro Comando e pelas milícias.

<sup>4</sup> MONKEN, Mario Hugo; FANTTI, Bruna. *Saiba quem é o traficante Matemático, novo alvo número 1 da polícia do Rio*. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/rj/saiba-quem-e-o-traficante-matematico-novo-alvo-numero-1-da-polic/n1597406753794.html>>. Acesso em: 15 Ago. 2013.

Corria, por ocasião de sua morte, o boato de que estaria oferecendo vinte mil reais de recompensa a qualquer um que matasse policiais na zona oeste da cidade do Rio de Janeiro.

Segundo informações do saite do Jornal do Brasil<sup>5</sup>, o Ministério Público, analisando as imagens da operação que resultou na morte de Matemático, chegou à conclusão de que havia inexistido qualquer tentativa de prisão do traficante; o objetivo da incursão policial teria sido, de fato, sua eliminação.

Interessante destacarmos que a região controlada por Matemático não viveu a experiência das UPP's (Unidades de Polícia Pacificadora). Sua morte, portanto, interessaria, em um primeiro momento, às facções adversárias, assim como às polícias, supostamente ameaçadas pela premiação oferecida.

## 3. Política Criminal, mídias e seus Atores: os protagonistas e seus papéis nas redes sociais

Os meios de comunicação contribuem, via de regra, para a difusão do medo e da insegurança, expondo, de forma teatral, uma sociedade violenta e desordenada. Alguns programas de televisão expõem cotidianamente imagens de violência, como forma de chocar e representar a realidade comum. Como se todos aqueles fatos violentos ocorressem continuamente, em todos os cantos do país. A banalização do mal faz com que a violência ganhe um *status* de ‘destino nacional’. O quadro de pânico é gerado e vitimiza a sociedade, sendo que a expectativa do perigo iminente faz com que as vítimas potenciais aceitem facilmente a sugestão ou a prática da punição ou do extermínio preventivo dos supostos agressores potenciais<sup>6</sup>.

Não só os veículos tradicionais de mídia projetam seus sentidos de punitividade. Atualmente, existe uma forte crise patrocinada pelo fenômeno de Internet. De acordo com Ramonet, “semelhante àquele que fez desaparecer os dinossauros” e “tem provocado uma mudança

<sup>5</sup> Objetivo de ação era matar o traficante Matemático e não prendê-lo, diz MP-RJ. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/rio/noticias/2013/05/08/objetivo-de-acao-era-matar-o-traficante-matematico-e-nao-prende-lo-diz-mp-rj/>>. Acesso em: 15 Ago. 2013. . Acesso em 15 Ago. 2013.

<sup>6</sup> PINTO, Nalayne Mendonça. Recrudescimento penal no Brasil: Simbolismo e punitivismo. In: MISSE, Michel (Org.). *Acusados e acusadores: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 237-267.

radical de todo o 'ecossistema midiático' e a extinção massiva dos jornais da imprensa escrita<sup>7</sup>.

Provavelmente, afirma Ramonet<sup>8</sup>, a mídia da era industrial não irá desaparecer. No entanto, a circulação das notícias não se dá mais em "unidades controladas, bem corrigidas e formatadas (notas de agências, jornais diários, impressos, boletins radiofônicos, telejornais". Existe um deslocamento dessas mídias para a chamada "web 2.0", onde cada ator pode "completar cada informação, acrescentando a ela uma precisão, um comentário, uma citação, uma foto ou um vídeo, num trabalho de inteligência coletiva"<sup>9</sup>.

Por um lado, os oligopólios midiáticos são fortemente abalados pelo fator *Internet*, disseminando a possibilidade de interpretações. No entanto, toda esta conectividade, em uma sociedade punitivista, pode levar a pré-julgamentos inaceitáveis de acordo com preceitos democráticos, quando todos se tornam agentes da segurança pública.

Todo este quadro poderá, então, nos levar a dizer que "uma das manifestações mais cruéis da violência simbólica exercida pelas mídias é identificada no processo de 'etiquetamento', de rotulação e na criação do *estereótipo criminoso*"<sup>10</sup>.

Nos dizeres de Mendonça Pinto:

A difusão do medo tem sido um mecanismo indutor e justificador de políticas autoritárias de controle social. O medo torna-se fator de tomadas de posição estratégicas seja no campo econômico, político ou social. Os meios de comunicação de massa geram a ilusão de eficácia da pena e alertam a percepção de perigo social, deslocando a atenção, em regra, para a criminalidade violenta. Nem se discutem a idoneidade e a desnecessidade da sanção penal, ou de sua exacerbação. Tem-se nos discursos de combate ao crime e do

<sup>7</sup> RAMONET, Ignacio. *A explosão do jornalismo: das mídias de massa à massa de mídias*. Tradução de Douglas Estevam. São Paulo: Publisher Brasil, 2012, p. 16.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 16-18.

<sup>9</sup> RAMONET, Ignacio. *A explosão do jornalismo: das mídias de massa à massa de mídias*. Tradução de Douglas Estevam. São Paulo: Publisher Brasil, 2012, p. 17.

<sup>10</sup> ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 3.

aumento das penas a valorização simbólica do direito penal como solução única e miraculosa para a violência social<sup>11</sup>.

De acordo com Martins, a tarefa do Direito se torna especialmente difícil frente aos *media*. Isto porque estes funcionam como "temíveis redutores de complexidade"<sup>12</sup>, ao reduzir a informação a um produto, no qual a celeridade é a *commodity* mais importante.

Seguindo esse ponto de vista, de que existe uma padronização na veiculação de notícias, acrescenta-se o argumento de Ramonet, o qual explica que:

[...] o único meio de que dispõe um cidadão para verificar se uma informação é verdadeira é confrontar os discursos dos diferentes meios de comunicação. Então, se todos afirmam a mesma coisa, não resta mais do que admitir esse discurso único<sup>13</sup>.

Segundo a pesquisa realizada pela Secretaria de Comunicação Social da Presidência Nacional (SECOM) no final de 2010<sup>14</sup>, aproximadamente 52,2% da população entrevistada na Região Sul do país afirmaram ler jornais atualmente. Em que pese a pouca confiabilidade dispensada aos meios de comunicação, em geral (71,9%), o jornal aparece em terceiro lugar na lista dos veículos mais confiáveis para a obtenção de informações (11%), perdendo apenas para a televisão (57,7%) e o rádio (11,4%).

De acordo com a pesquisa, os telejornais são os programas mais assistidos pela população entrevistada (36,9%), com uma pequena margem de vantagem sobre o segundo lugar, cuja posição é atualmente ocupado pelas telenovelas (31,5%).

<sup>11</sup> PINTO, Nalayne Mendonça. *Recrudescimento penal no Brasil: Simbolismo e punitivismo*. In: MISSE, Michel (Org.). *Acusados e acusadores: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 238.

<sup>12</sup> MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito – The Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 68.

<sup>13</sup> RAMONET, Ignácio. *A tirania da comunicação*. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 45.

<sup>14</sup> SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Hábitos de informação e formação de opinião da população brasileira II*. 2010. Disponível em: <<http://www.secom.gov.br/pesquisas/2010-12-habitos-ii/2010-12-habitos-de-informacao-e-formacao-de-opinio-da-populacao-brasileira-ii-sul.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

Todos somos potenciais agentes de política criminal. O tele – espectador não é diferente. Ele discute diariamente sobre violência, comenta acerca das notícias do dia, janta com seus familiares ruminando o sangue das ruas.

A diferença dos tempos atuais é a fixação do senso comum no imaginário social. Debates entre defensores de Direitos Humanos e internautas propagadores das políticas criminais são cada vez mais comuns. Fotos de suspeitos são publicadas sem qualquer preocupação quanto à fonte, se pede “justiça”, sendo a “pena” projetada mais comum a do linchamento.

Sobre a política criminal contemporânea, diz Passetti:

(...) para se combater o investimento de dinheiro e suor públicos em prisões para pobres e subversivos, pois sabemos quanto é mais *barato* responder à vítima com indenização e quanto é estúpido retribuir uma infração com crime, direito penal e teatro-tribunal, com sentenças e prisões podres que renovam os presídios e os ilegalismos em empresas capitalistas, mais ou menos humanizadas. E nisto não há e nunca houve perversão ou banalização do mal; somente funcionamento empresarial que procede de práticas de campos de concentração, máfias e Estado acopladas à crença em *tolerância zero*, democracia participativa e representativa, vigilâncias e seguranças em fluxos que caracterizam esta época de *neoconservadorismo moderado*<sup>15</sup>.

Paradoxalmente, o direito penal liberal, lido como a possibilidade de limitar a intervenção do Estado na liberdade do indivíduo, em 300 anos de (in/e)volução não passa daquilo enunciado por teóricos como Cesare Beccaria: de uma promessa. A tônica do discurso punitivo brasileiro tem sido o rescudescimento de sanções e a expansão do sistema de criminalização através da criação de novas condutas.

A história da humanidade (ao menos da ocidental) foi escrita com sangue, e este sangue, ao ser derramado, representa consequências. Longe vai o tempo de guerras mundiais. Hoje, a violência tem dimensões ampliadas, não estando, necessariamente, vinculada ao sangue. Existem outros tipos de criminalidade que se expandem a partir de demandas punitivas, que constituem um dos fenômenos

<sup>15</sup> PASSETTI, Edson. Sociedade de controle e abolição da punição. *São Paulo em Perspectiva*, v. 13, n. 3, p. 77-78, 1999.

mais sensíveis ao sistema criminal como um todo, nos dias de hoje. O “populismo punitivo” ganha corpo.

Os exemplos de política criminal, utilizados nos sentidos acima, demonstram o insucesso dos mecanismos penais. Legislações notadamente pautadas de acordo com esta resposta punitiva fracassaram retumbantemente. Mesmo as justificativas negativas, em sentido de se evitar excessos na retribuição ao mal causado (aplicação e execução da pena), precisam ser lidas, de acordo com nossa realidade atual que é extremamente dura. As proteções são frágeis e facilmente reversíveis.

Impunidade, sensação de insegurança e o medo acabam sendo os combustíveis a tentar justificar o expansionismo penal. Como resultado, mais crimes, mais penas, mais submissão inútil de dor.

Se, por um lado, os minimalistas radicais ou os abolicionistas são taxados de “utopistas”, por outro vemos que a verdadeira “utopia” é o sistema penal hodierno: eterna promessa liberal a endossar políticas criminais rigorosas. O equilíbrio entre estas duas tendências é a utopia histórica com a qual nos negamos a aprender.

Em nosso país, a atuação de representantes civis em relação ao sistema penal, não raro, se dá no sentido da expansão e do recrudescimento do discurso punitivo (exemplo do movimento “Brasil Sem Grades”). O paradoxo se dá na medida em que a grade será tão-somente a da “minha casa”. Teóricos, como Hulsman, defendem a derrubada de toda e qualquer grade, toda e qualquer barreira que nos impeça de exercer a liberdade, enquanto pressuposto da condição humana.

Das expressões mais sintomáticas, no sentido dos muros construídos diretamente para demarcar o *locus* essencialmente bipolar do debate está a expressão “direito dos manos”. Uma (lamentável e preconceituosa) ironia aos defensores dos “direitos humanos” designadora não só da separação entre os setores sociais como, implicitamente, vinculadora da proteção/ativismo somente no tocante a grupos socialmente vulneráveis.

Direitos humanos são, assim, para todos, independentemente do rótulo utilizado. Independentemente de cor, gênero, religião e, também, do crime cometido.

#### 4. Política Criminal de Drogas no Brasil: sintomas de um problema persistente

No Brasil, o argumento mais utilizado como justificativa para ações policiais cada vez mais truculentas e militarizadas é a grande

ameaça que o tráfico de drogas apresenta em relação à ordem pública e à governabilidade. Esse argumento é legitimado pela política antidrogas brasileira, que segue uma tradição histórica de subserviência à política norteamericana de “combate ao narcotráfico”. Conforme demonstra Carvalho<sup>16</sup>, principalmente a partir dos anos 60, os governos brasileiros têm se alinhado à “luta contra as drogas”, a partir de uma perspectiva de que se trata de um “problema” mundial que afeta a economia e a segurança internacionais, que causa problemas graves de saúde pública e que, portanto, clama por ações militares transnacionais no sentido de sua erradicação.

Principalmente a partir dos anos 80 o país tem experimentado um recrudescimento no tratamento dado ao tráfico de drogas tornadas ilícitas, conforme apontado por Karam<sup>17</sup>. Paradoxal, entretanto, que em 1988 o constituinte tenha elaborado uma Constituição Federal preconizando o Estado Democrático de Direito e que, depois da adoção dessa mesma Constituição, novas leis de cunho antidemocráticos venham sendo aprovadas e colocadas em vigor pelo Legislativo brasileiro.

Este é o caso concreto da lei 11.343/06, estabelecidora das regras da política antidrogas em vigor no país. Não bastando uma listagem de mais de uma dezena de verbos caracterizadores da atividade de tráfico, cabendo ao policial e, posteriormente, ao juiz decidir em qual deles o indivíduo se encaixa, há a criminalização do usuário (desencarcerizado, mas cumpridor de penas a céu aberto, para que se “regenerere”).

O que o texto legal não explicita, mas favorece implementar, é uma “faxina social”<sup>18</sup> revestida de legalidade; a lei é considerada constitucional e legítima, mas sua aplicação revela elementos preocupantes.

Hoje, no Brasil, os crimes de maior incidência entre os presos estão ligados a patrimônio e tráfico de drogas tornadas ilícitas (oportunamente identificado como crime que afeta o bem jurídico da saúde pública). Com relação ao tráfico, muito se deve ao fato de não haver critério de quantidade de droga apreendida e de um arremedo de

<sup>16</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06)*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

<sup>17</sup> KARAM, Maria Lúcia. *Escritos sobre a liberdade, volume 3: Proibições, Riscos, Danos e Enganos: as drogas tornadas ilícitas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

<sup>18</sup> GUILHERME, Vera Maria. *Quem tem medo do lobo mau? A descriminalização do tráfico de drogas no Brasil – por uma abordagem abolicionista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

diferenciação entre traficante e usuário. Porém, quando examinado o perfil educacional dos presos brasileiros, verificamos que sua grande maioria é de pessoas com baixo nível de escolaridade, o que, no Brasil, sinaliza que essas pessoas são da periferia dos centros urbanos e da economia formal.

Ainda na abordagem policial, há uma diferença de atitude para indivíduos de classes distintas, assim como o “enquadramento” nas categorias “traficante” ou “usuário”. A partir desse momento, começa a se delinear o “destino” da pessoa selecionada.

Caso seja considerada “traficante”, a pessoa enfrentará o estigma de ser alguém insensível, “bandido de alta periculosidade social”, inimigo da sociedade e do Estado. A construção desses indivíduos enquanto inimigos ganha reforço da mídia (que torna o usuário uma vítima incapaz de decidir sobre sua vida e necessitado de proteção paternalista, ao mesmo tempo em que desumaniza os “traficantes de drogas”).

Em uma postura oportunista, os governos brasileiros vêm atribuindo aos traficantes imensa parte dos problemas para o controle sobre a sociedade, sua “ordem pública”, sua “paz social” e, consequentemente, sua manutenção no poder. Seus argumentos se baseiam no armamento pesado, na recusa de obedecer à legalidade, no desafio às instituições. E tudo isso se retroalimenta, à medida que a política antidrogas se recrudescer e as autoridades se recusam a debater o tema, vislumbrando uma necessária mudança de política criminal. Enquanto outros países debatem a descriminalização dos usuários ou a legalização da atividade econômica do comércio das drogas como um todo, continuamos encarcerando um número cada vez maior de pessoas, sem apresentar os resultados preconizados pelo punitivismo: o número de “bandidos” não tem diminuído, apesar de penas pesadas e tratamento judicial contrário às garantias processuais de um Estado Democrático de Direito; os presos não são ressocializados ou capacitados para o reingresso na sociedade; e mais, a pena ultrapassa, em muito, a pessoa do apenado dentro dessa lógica.

Tem-se mostrado mais frutífera a manutenção da atual política, utilizando-se de operações de guerra, gastos em armamentos pesados, em veículos de combate, proporcionando uma “paz” imposta aos territórios onde a pobreza existe a céu aberto. O discurso do medo prepondera, para que cada vez mais pessoas se sintam acuadas, ameaçadas por esse “bando de animais”. Até porque a dominação necessita do medo enquanto argumento de legitimidade.



Não é gratuito o furor ocasionado pelas notícias de mortes de “traficantes”. São, dentro dessa lógica, inimigos e, como tal, não podem ser tratados como pessoas, muito menos como portadoras de direitos e história. O caso da morte de Matemático gerou uma série de manifestações no sentido de “menos um”. “Menos um” para ameaçar a “harmonia” social, para afrontar o Estado.

Contemporaneamente, é defendido por defensores de direitos que “a guerra contra o crime deveria tornar-se uma guerra contra a pobreza”<sup>19</sup>. Além de moradia, programas de pleno emprego, políticas educacionais inclusivas, tratamentos não baseados na força, além da defendida radical mudança em nossa política de drogas<sup>20</sup> são ações que devem ser realizadas.

Hoje, nossa população carcerária possui número bastante expressivo de pessoas criminalizadas por condutas relacionadas a entorpecentes<sup>21</sup>. Desta forma, a regulação dessas condutas fora do sistema penal já permitiria, ao menos, sensível melhora no quadro de superlotação carcerária presente. Ainda: atingiria o “centro do crime organizado da droga, que é dependente das forças do mercado”. Teria, em última análise, a possibilidade de liquidar “o poder dos figurões que hoje em dia não terminam na prisão, porque ela está sistematicamente reservada para os pobres”<sup>22</sup>.

## 5. Diálogo entre um pesquisador e uma policial militar: necessidade de aproximações

Contextualizamos até o momento as possíveis leituras de mídias sociais em constante movimento e as políticas criminais de drogas, marcadas por um fio condutor entre os dois objetivos de análise: o punitivismo<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI — abolição, um sonho impossível?. *Revista Verve*, n. 4, p. 97, 2003.

<sup>20</sup> Idem, p. 97.

<sup>21</sup> Neste sentido: GOMES, Luiz Flávio. *Tráfico é o crime mais encarcerador do país*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/iab/artigos-do-prof-lfg/trafico-e-o-crime-mais-encarcerador-do-pais/>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

<sup>22</sup> MATHIESEN, op. cit., p. 97.

<sup>23</sup> Expressão trabalhada especialmente por Salo de Carvalho que afirma ser o punitivismo alimentado basicamente pelas seguintes circunstâncias em âmbito

Após percebermos uma tendência de apoio à ação da Polícia Civil carioca, o primeiro autor deste artigo postou em seu perfil da rede social *Facebook*, no dia 7 de Maio do corrente, uma imagem onde se lia: “Se a sua casa sofresse chuva de balas, você não apoiaria a polícia.”<sup>24</sup>

Do universo de “Amigos” constam não apenas estudantes, pessoas próximas, familiares distantes e também “conhecidos”. É o caso da policial cujos comentários serão transcritos abaixo e cuja resposta à postagem foi assim:

Sejam policiais por ao menos um ano e voltem a discutir essa problemática...assim terão mais noção do que realmente

legislativo: “Nota-se, portanto, que no âmbito do Poder Legislativo inúmeros fatores contribuíram para o aumento dos índices de encarceramento:

“(a) Criação de novos tipos penais a partir do rol de bens jurídicos expostos na Constituição (campos penal);

(b) Aplicação de quantidade de pena privativa de liberdade em inúmeros e distintos delitos (campo penal);

(c) Sumarização do procedimento penal, com alargamento das hipóteses de prisão cautelar (prisão preventiva e temporária) e diminuição das disponibilidades de fiança (campo processual penal);

(d) Criação de modalidade de execução penal antecipada, prescindindo o trânsito em julgado da sentença condenatória (campo processual e da execução penal);

(e) Enrijecimento da qualidade do cumprimento da pena com a ampliação dos prazos para progressão e livramento condicional (campo da execução penal);

(f) Limitação das possibilidades de extinção da punibilidade com a exasperação dos critérios para indulto, graça, anistia e comutação (campo da execução penal); e

(g) Ampliação dos poderes da administração carcerária para definir o comportamento do apenado, cujos reflexos atingem os incidentes de execução penal (v.g. Lei 10.792/03) (campo penitenciário)” (CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 35-36). No entanto, importante referir que esse autor deixa bastante claro que o punitivismo não deriva tão-somente de políticas legislativas, mas, especialmente, da formação cultural dos atores do sistema penal (juizes, promotores e advogados) que, muitas vezes, subverte valores garantistas e constitucionais.

<sup>24</sup> Acompanhado da mensagem, o co-autor escreveu:

“Parece brincadeira, mas é bem por aí. Vejo pessoas postarem fotos de armas, argumentando em favor da polícia carioca, dizendo que é necessário defender-se. Do quê? De quem? Com mais violência?

É ingênuo pensarmos que os policiais, do alto daquele helicóptero, puxaram algum gatilho sozinhos. O problema é quando a arma se voltar para ‘nós’.

O fracasso histórico da ética da vingança é retumbante, mas nos recusamos a aprender com a história.

Como diria uma música do Rosa Tattooada: ‘A paz tem 9mm apontados pro seu coração...’”

ocorre quando a sociedade tira as suas máscaras...acho lindo quando discutem direitos humanos e bla bla e má atuação das polícias quando estes vivem numa redoma de vidro sem ao menos sentir na pele o que ocorre numa favela, num confronto, ou após ter sido vítima de um assalto com a arma apontada na cabeça por um menor...desculpa me meter na conversa, mas não pude deixar em branco pois visto a farda, sou contra a violência desnecessária e vingança, mas discordo dessa moda do "direito dos manos" que vem se alastrando por aqui...não dá pra aturar.

Sou policial militar, formada em comunicação e estou em fase de finalização da minha pós na área de segurança pública.... ou seja, pertencço a nova geração de polícia que pensa, sabe o que deve ou não fazer e as normas legais, conversa, realiza a polícia comunitária no seu dia a dia da melhor forma possível, mas tem situações em que como mencionei acima, não dá pra tolerar comentários e principalmente críticas relacionadas nas atuações policicias o tempo todo. Faço parte do grupo de pelotão tático e atuo diretamente na polícia e policiamento ostensivo. Tenho visto inúmeros comentários sobre as más atuações da polícia e sua atuação repressora e violenta, mas vejo que muitos ( não digo todos, mas grande parte) são os mesmos que sobem o morro do horário ou 25 (em Floripa) pra comprar droga e financiar a merda desse tráfico que não tem fim. Os mesmos que falam belas palavras na internet e tv, são os mesmos que alimentam essa violência...achando que nada têm a ver com isso. São os mesmos que falam em direitos humanos mas não tem noção do que realmente acontece. São os mesmos que reclamam de nossa atuação mas não sabem que muitas vezes quando somos gentis e educados cospem na nossa cara dizendo: « você sabe com quem está falando»? São os mesmos que reclamam ao serem abordados embriagados ao volante que nos respondem: " por que vocês não sobem no morro pra prender bandido?" São os mesmos que falam em direitos humanos mas são advogados de porta de cadeia, que vendem a alma pro diabo por qualquer tostão defendendo delinquentes que estupram, matam, espancam e violentam por pedras de crack...eu defendo os direitos humanos sim, mas como nossa amiga escreveu acima, defendo os direitos humanos para todos...que se evitem os excessos...porque enquanto a sociedade for hipócrita e egoísta...sem respeito ao próximo e consciente de sua culpa por todos esse sistema gerador de violência, nada mudará. Porque ninguém fala do meu amigo de serviço que levou um tiro de um menor? Afe...á falta tempo...

A resposta veio em tom de desabafo à reportagem mostrada no Programa Dominical. Como vimos a narrativa realizada pela emissora de Televisão, geralmente aguçadora do senso comum punitivista, demonstrou uma certa complacência com a pessoa morta na operação policial. Por este motivo a "moda" dos "Direitos Humanos" (como se fosse escândalo defendê-los ou que ganhem corpo) incomodou. Bastante. Existe a necessidade de um contraponto, como em toda democracia, algo que muitos tem dificuldade de perceber. O debate deve ser algo natural, bem como a opinião em sentido contrário da mesma forma. Por qual razão o argumento contrário incomoda tanto?

Existe uma bipolarização do debate ("punivistas" X "defensores dos direitos humanos") que acaba por gerar expressões lamentáveis. A questão dos "direito dos manos" é um grande sintoma desta dicotomia. São menos pessoas por serem "manos", logo "diferentes"? O quê seriam eles? Nos parece que este sistema penal legitimado pela sociedade em geral costuma colocar "os manos" e os "cidadãos de bem" em lados opostos. Ele é extremamente eficiente neste sentido. Os conflitos, por outro lado, continuam presentes. São intensificados. Cada vez mais. Igualdade? Nem pensar. Igualdade apenas para quem pode ser pensado como pessoa, o que não parece ser o caso dos "manos".

É de se lamentar a quantidade de mortos em função dos muros artificialmente construídos. Aqui a política criminal de drogas desempenha papel notável. A grande questão é se isto interessa aos construtores de muros e à «sociedade» que prefere continuar incentivando a existência de «lados», impedindo a mínima existência de diálogo, que deveria ser o primeiro passo para pensar qualquer aspecto do problema.

Discordamos frontalmente do seguinte argumento de autoridade: "para entender algo de segurança pública tenhamos de passar um ano de farda ou investigando". Não é necessário levarmos um tiro ou sofrer uma violência para saber que isto é indesejado. Esta separação é para quem acredita apenas em muros. Lamentamos demais a morte de qualquer pessoa, o que leva a nossa política irracional de drogas que incentiva a morte em vão de policiais e outras pessoas envolvidas nesta situação.

Acusar qualquer pessoa envolvida em movimentos de direitos humanos de estar realizando alguma atitude criminosa ou imoral também nos parece, no mínimo, precipitado. É necessário respeito para o debate. As próprias tendências contemporâneas de "segurança

pública” apontam nesta direção. Há incentivo às polícias comunitárias. Percebem o quanto a construção de muros é inócua para todos nós. Teoricamente.

No centro disto tudo está o debate relativo ao cárcere. A partir da consideração que a maior parte dos encarcerados hoje estarem reclusos em função da prática de alguma conduta relativa ao “tráfico”, é possível pensarmos a revisão das políticas criminais neste ponto. Seria forma bastante útil de reduzir o sofrimento inútil imposto pelas prisões brasileiras em regra, onde os índices de “ressocialização” são pífios e os de “reincidência” sintomáticos de sua própria falência.

Utopia? Em um de seus últimos textos, traduzidos para o português<sup>25</sup>, Mathiesen pergunta: É um sonho possível a abolição do cárcere? Apesar de, em momento algum, negar as dificuldades inerentes ao processo, responde que o “sim” pode ser sonhado.

Para tanto, são referidos dois exemplos históricos, nos quais o contexto favoreceu um notório avanço em sentido de direitos humanos. A queda do Império Romano e a Abolição da Escravatura ocorreram, transcenderam ao campo do sonho. Ambos os fatos passados, à época, eram quase que impensáveis, e os seus defensores classificados de utopistas, no entanto ocorreram<sup>26</sup>.

Mathiesen crê que taxar o abolicionismo como “sonho impossível” seria muito apressada. Em um trecho provocativo sobre as vitórias abolicionistas do passado, Scheerer lembra-nos que “nunca houve uma transformação social significativa na história que não tenha sido considerada irreal, estúpida ou utópica pela grande maioria dos especialistas, mesmo antes do impensável se tornar realidade”<sup>27</sup>.

Para Mathiesen, a ideia de se pensar afirmativamente acerca da possibilidade é animadora, mas, ainda assim, ressalta as severas resistências punitivistas existentes:

Para um abolicionista, é animador mostrar que a abolição de sistemas penais inteiros, de fato, é possível. Mas, como eu disse, hoje em dia, as condições são completamente diferentes. Se a Inquisição quisesse, ela poderia ter se voltado

<sup>25</sup> MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI — abolição, um sonho impossível?. *Revista Verve*, n. 4, p. 82, 2003.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>27</sup> SCHEERER, Sebastian. Toward abolitionism. *Crime, Law and Social Change*, v. 10, n. 1, p. 7, 1986.

completamente contra o povo. E completamente contra os meios de comunicação de massa, que não existiam — exceto pelos livros publicados. A mudança cultural na Inquisição, vitória de uma parte de uma cultura alternativa e a compreensão dentro do sistema, foi, portanto, uma condição suficiente para a abolição. Hoje em dia, uma mudança cultural no sistema penal e uma mudança na direção de um senso de responsabilidade pessoal por parte daqueles que lá trabalham é muito necessária. Contudo, não seria uma condição suficientemente plena, porque o sistema penal atual, elaborado por políticos, é muito mais dependente no contexto geral daquilo que chamamos de “opinião pública” e meios de comunicação de massa<sup>28</sup>.

Entre as camadas de proteção ao sistema penal, o autor considera que a mais fundamental são justamente os meios de comunicação<sup>29</sup>. Uma mudança cultural passaria pelos *mass media*, pois a percepção destes veículos influencia (e muito) a visão social a respeito da prisão e dos seus efeitos<sup>30</sup>.

## 6. Considerações finais

É necessário percebermos que da polarização do debate levamos apenas distância em relação aos objetivos pretendidos: segurança

<sup>28</sup> MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI - abolição, um sonho impossível?. *Revista Verve*, n. 4, p. 89, 2003.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>30</sup> “Se a mídia, especialmente a televisão, mudasse o conteúdo do divertimento superficial para o conhecimento crítico criaria uma mudança cultural básica, uma mudança no clima cultural, que teria repercussões em todas as áreas de pesquisadores e intelectuais, assim como de administradores. Como eu já mencionei, os administradores e os pesquisadores, dentro e na ponta do sistema, geralmente “seguem o exemplo”. Quando o clima cultural envolvendo a prisão torna-se difícil, eles tornam-se difíceis. Quando o clima cultural abranda, eles abrandam. Não são heróis independentes, ao contrário, suas antenas estão basicamente dirigidas para fora, em direção ao clima cultural, mediado como é pelos meios de comunicação de massa. Uma mudança no clima cultural externo, na opinião sobre o que é a “linha correta”, criaria uma mudança paralela entre os pesquisadores próximos ao sistema e os administradores dentro dele. Certamente, ainda estariam envolvidos em longas batalhas, na margem, assim como dentro da prisão. Talvez a mudança cultural básica no centro e na margem deva parcialmente esperar pela próxima geração, mas aconteceria mais cedo ou mais tarde” (MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI - abolição, um sonho impossível?. *Revista Verve*, n. 4, p. 104-105, 2003.)

(punitivistas) e liberdade (defensores de direitos humanos). As mídias (tradicionais e novas) reforçam esta separação, separação naturalizada e socialmente aceita.

Difícil percebermos a incorporações de valores básicos relativos à defesa de direitos humanos (para além dos “humanos direitos”) no senso comum. A aproximação ao debate é fundamental não só para entendermos (enquanto defensores) os argumentos contrários, como também para permitirmos reflexão quanto às possibilidades de um abolicionismo penal.

Pouco se diz que a preocupação primeira das ideias abolicionistas é justamente a de poder recolocar o conflito da vida nas mãos de seus maiores interessados: autor e vítima. O maior inimigo do sistema penal é ele próprio e a dificuldade de debate parece ser também causada por, de um lado, um certo desânimo na possibilidade de diminuir a barreira em relação ao (imutável?) senso comum e, por outro, na recusa de outra alternativa que não seja a punição.

Quando falamos das projeções da mídia (e da sociedade em relação a ela), é necessário percebermos o quanto a política de drogas pode produzir efeitos na redução de violações a direitos humanos. Discursos “usuário” X “traficante” seriam esvaziados e permitiriam uma maior valorização da liberdade e da autonomia. Não apenas para o humano sem direitos, como também para o humano “direito”.

## Referências

- CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06)*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GOMES, Luiz Flávio. *Tráfico é o crime mais encarcerador do país*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/iab/artigos-do-prof-lfg/trafico-e-o-crime-mais-encarcerador-do-pais/>>. Acesso em: 01 jul. 2013.
- GUILHERME, Vera Maria. *Quem tem medo do lobo mau? A descriminalização do tráfico de drogas no Brasil – por uma abordagem abolicionista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- KARAM, Maria Lúcia. *Escritos sobre a liberdade, volume 3: Proibições, Riscos, Danos e Enganos: as drogas tornadas ilícitas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito – The Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI — abolição, um sonho impossível?. *Revista Verve*, n. 4, p. 80-111, 2003.

MONKEN, Mario Hugo; FANTTI, Bruna. *Saiba quem é o traficante Matemático, novo alvo número 1 da polícia do Rio*. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/rj/saiba-quem-e-o-traficante-matematico-novo-alvo-numero-1-da-polic/n1597406753794.html>>. Acesso em: 15 Ago. 2013.

PASSETTI, Edson. Sociedade de controle e abolição da punição. *São Paulo em Perspectiva*, v. 13, n. 3, p. 56-66, 1999.

PINTO, Nalayne Mendonça. Recrudescimento penal no Brasil: Simbolismo e punitivismo. In: MISSE, Michel (Org.). *Acusados e acusadores: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 237-267.

*Objetivo de ação era matar o traficante Matemático e não prendê-lo, diz MP-RJ*. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/rio/noticias/2013/05/08/objetivo-de-acao-era-matar-o-traficante-matematico-e-nao-prende-lo-diz-mp-rj/>>. Acesso em: 15 Ago. 2013.

RAMONET, Ignacio. *A explosão do jornalismo: das mídias de massa à massa de mídias*. Tradução de Douglas Estevam. São Paulo: Publisher Brasil, 2012.

ROSA, Alexandre Moraes da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Hábitos de informação e formação de opinião da população brasileira II. 2010*. Disponível em: <<http://www.secom.gov.br/pesquisas/2010-12-habitos-ii/2010-12-habitos-de-informacao-e-formacao-de-opiniao-da-populacao-brasileira-ii-sul.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

[POLEMICA] - *Imagens mostram perseguição e caçada ao traficante Matemático (Fantástico)*. 2013. Visto em 15 de Agosto de 2013. Proveniente da “World Wide Web”: <<http://www.youtube.com/watch?v=8SBd2NklajU>>.

# Encarceramento em massa e criminalização da pobreza:

Ponderações sobre os efeitos biopolíticos da guerra às drogas

6

*Pablo Ornelas Rosa<sup>1</sup>*  
*Humberto Ribeiro Junior<sup>2</sup>*  
*Clécio Lemos<sup>3</sup>*

## 1. Considerações iniciais

Este capítulo tem como objetivo reconstruir elementos críticos que nos permitam avaliar algumas das consequências das políticas de drogas implementadas a partir da edição da Lei 11.343/2006, conhecida como “Nova Lei de Drogas”, especialmente no que tange ao expressivo aumento do recurso ao encarceramento como forma de controle de setores específicos da população identificados genericamente como traficantes.

Apesar de uma das principais inovações da Nova Lei de Drogas ter sido a despenalização da posse de drogas consideradas ilícitas para consumo próprio, conduta que poderia ser punida com pena de seis meses a dois anos com base na legislação anterior (Lei 6.368/1976), o efeito alcançado não foi a redução do encarceramento, mas, ao contrário, sua expansão massiva.

<sup>1</sup> Doutor em ciências sociais pela PUC/SP com estágio pós-doutoral em sociologia pela UFPR, mestre em sociologia política e bacharel em ciências sociais pela UFSC. Atua como professor nos Programas de Mestrado em Sociologia Política e em Segurança Pública e coordena o Grupo de Pesquisa Subjetividade, Poder e Resistências – GESPOR na UVV.

<sup>2</sup> Doutor em Sociologia e Direito pela UFF, mestre em Filosofia e Teoria do Direito pela UFSC e bacharel em direito pela FDV. Atua como professor no Programa de Mestrado em Segurança Pública da UVV.

<sup>3</sup> Doutorando em Direito pela PUC/RJ, mestre em Direito pela UERJ e bacharel em direito pela UFES. Atua como professor no curso de graduação em direito na UVV.

Os discursos punitivistas passaram a compreender os crimes relacionados ao comércio e distribuição de substâncias psicoativas o eixo central de todos os problemas de segurança pública que o país vem enfrentando nas últimas décadas. Neste sentido, o sistema de justiça criminal por inteiro, da polícia aos tribunais, passou a centrar seus esforços a partir daquilo que Becker (2008) chamou de cruzada moral, cujos efeitos humanos são devastadores.

Dados sobre autos de resistência e sobre o encarceramento em massa que se instala no país servem como indícios que nos permitem avaliar os verdadeiros resultados da política de guerra às drogas implementada no Brasil. Somente no Estado do Rio de Janeiro foram mais de 10 mil civis mortos oficialmente pela polícia entre 2001 e 2011 (MISSE *et. al.*, 2013), período em que a população carcerária do país aumentou mais de 120%, segundo os dados do Ministério da Justiça.

Ademais, como diversas pesquisas demonstram (BOITEAUX, 2009; ZACCONE, 2007; BATISTA, 2003), esta guerra possui um recorte seletivo evidente. O seu espectro de ação não está distribuído igualmente pelas diferentes classes e grupos sociais, mas sim concentrado nas parcelas mais pauperizadas da população jovem e negra.

No entanto, estes elementos que vão da produção de discursos punitivistas aos custos humanos desta cruzada moral não devem ser vistos mera eventualidade ou casualidade. Eles podem ser muito melhor compreendidos a partir de uma visão sistêmica que busque compreender algumas das racionalidades que operam no entorno das políticas de controle de substâncias psicoativas e das populações envolvidas na produção, comércio e consumo das mesmas.

Com este objetivo, este artigo buscará inscrever a política de drogas no contexto de uma governamentalidade neoliberal (FOUCAULT, 2008) que opera um determinado tipo de economia política do crime, em um extremo, e exerce um controle biopolítico sobre a população, em outro.

Para tanto, inicialmente será apresentado um breve histórico das polícias proibicionistas, com especial destaque para a versão estadunidense implementada principalmente a partir do governo de Richard Nixon, no contexto da racionalidade neoliberal, com a finalidade de situar o modelo de economia política do crime constituída.

Em seguida serão discutidos os efeitos biopolíticos da guerra às drogas como potencializador da criminalização da pobreza e do processo de encarceramento em massa dela decorrente. Por isso,

resgataremos algumas teses de Loïc Wacquant a respeito do lugar da punição no neoliberalismo.

Por fim, buscaremos discutir a política de combate ao tráfico de drogas vigente no Brasil por meio da análise dos dados nacionais sobre o encarceramento e, de maneira mais específica, de decisões judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo acerca de pedidos de *habeas corpus* que visavam a revogação de prisões preventivas.

Com isso, buscaremos problematizar alguns elementos que fazem parte das práticas discursivas das políticas de enfrentamento às drogas no país, analisando não apenas a racionalidade que as sustentam, como também alguns de seus efeitos (humanos) concretos.

## 2. Uma história proibicionista

O controle sobre aquelas substâncias psicoativas tratadas legalmente como ilícitas por supostamente trazerem prejuízos à saúde humana é um assunto presente nas mais distintas dimensões da vida cotidiana na atualidade. Isso também se deve ao fato de que a proibição da produção, comércio e consumo desses produtos chamados recorrentemente de drogas engendra distintas estratégias de controle populacional decorrente da criminalização de certas condutas que resulta na potencialização de diferentes ganhos econômicos envolvendo diferentes políticas públicas.

No entanto, esse tipo de controle não ocorre pelo fato de que essas substâncias estabelecidas pelas agências reguladoras como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA sejam prejudiciais à nossa saúde, mas porque se estabeleceu de maneira arbitrária uma estratégia de controle populacional destinada a agenciar aquelas populações mais pauperizadas da sociedade e que passaram a serem tratadas como supostamente perigosas. Portanto, não se trata de controlar as substâncias, mas segregar, estigmatizar, criminalizar e, sobretudo, controlar aqueles que ameaçam a operacionalidade de certas dinâmicas econômicas que atravessam as sociedades contemporâneas.

Um exemplo das práticas discursivas que incidem sob a condição de drogas e alimentos pode ser localizada naquilo que é produzido por empresas privadas e seus consequentes *lobbies* pela regulamentação desses produtos. Em pesquisa realizada sobre a Monsanto, que certamente figura entre as maiores empresas de biotecnologia alimentar,

Robin (2008) mostrou os prejuízos causados pelas decisões políticas e não técnicas tomadas pelo governo estadunidense que aceitou a utilização de agrotóxicos altamente prejudiciais à saúde humana, assim como autorizou o cultivo de alimentos com sementes alteradas geneticamente com o propósito de trazer lucros e/ou demais ganhos através da cobrança de *royalties* pelos seus produtos alterados geneticamente, chamados de transgênicos.

A autora francesa ainda constatou que parte dos agrotóxicos produzidos por essa empresa estadunidense é comercializada sem a realização de pesquisas prévias que comprovem os seus impactos tanto na saúde humana e animal quanto no meio ambiente. Ao desenvolver essa investigação, Robin (2008) constatou que alguns dos dirigentes dessa empresa não apenas fizeram *lobbies* internos junto ao governo estadunidense e canadense, como também atuaram como diretores da instituição responsável pela regulação de alimentos e drogas nos Estados Unidos, a *Food and Drugs Administration* – FDA. Desse modo, Robin (2008) verificou que as resoluções acerca da autorização para a produção e comércio dessas substâncias que, conforme vários estudos apresentados pela autora, trazem enormes prejuízos à saúde, além de potencializar o câncer e provocar o chamado “deserto verde”, foram tomadas a partir de um ponto de vista político e não técnico.

Se verificarmos especificamente o caso brasileiro e sua agência similar à FDA estadunidense, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, poderemos averiguar que o Brasil consome uma quantidade consideravelmente alta de agrotóxicos, se comparado com grande parte dos países europeus, conforme mostrou Kedouk (2013). Segundo pesquisa apresentada pela autora, dos 18 alimentos pesquisados pela ANVISA no país, cinco deles têm metade ou mais das amostras com substâncias de uso proibido ou excesso de pesticidas como é o caso do pimentão (91,8%), morango (63,4%), pepino (57,4%), alface (54,2%), cenoura (49,6%), dentre outros (KEDOUK, 2013).

Contudo, a maior parte dos governos ao redor do planeta, dentre eles o brasileiro, permanecem argumentando que o principal problema tanto de saúde quanto de segurança pública está situado na questão do controle sobre as drogas, entendendo esses produtos a partir de uma perspectiva eminentemente arbitrária que não reflete necessariamente os benefícios ou prejuízos causados à saúde, embora seja esse o discurso que opere para garantir a circulação de certas substâncias psicoativas e a proibição de outras.

Se ponderarmos sobre a proibição, considerando a complexidade das políticas de controle sobre as drogas e suas consequências, certamente teremos a possibilidade de verificarmos em que contexto se articulam uma razão de Estado que reitera o discurso de mercado, fazendo operar tanto uma razão governamental circunscrita na produção de um corpo-saudável e supostamente isento de riscos, quanto um corpo-drogado no qual se atribui a condição patológica de desvio ou dependência química, assim como um corpo-criminoso, atualmente tido por grande parte da população como o grande inimigo da sociedade e responsável pela violência, assim como dos demais males existentes na contemporaneidade. Não obstante, se a proibição das drogas resulta em uma guerra que mata muito mais do que as próprias substâncias, por que insistimos em proibir arbitrariamente alguns produtos e legalizar outros? O mercado da proibição não engendraria um aumento no valor dessas mercadorias, já que o risco eleva o seu preço?

O consumo daquelas substâncias que de alguma forma agem sob o sistema nervoso, na consciência ou na psique humana, sempre esteve presente nas práticas cotidianas das civilizações das quais temos conhecimento, existindo uma bibliografia vasta e bastante diversificada que apresenta essas distintas maneiras pelas quais esses produtos são elaborados, usados e representados socialmente ao longo da história das mais variadas sociedades. Desse modo, a proibição da produção, comércio e consumo dessas substâncias está permeada muito mais por questões de cunho moral do que por questões referentes à saúde e a segurança das populações, conforme mostramos anteriormente (ROSA, 2014). Trata-se, portanto, de certa governamentalização das drogas, de uma biopolítica que apresenta verdades que devem ser elucidadas à população e não mais (re)produzidas da forma com que ocorre atualmente.

A proibição de determinadas substâncias psicoativas como ocorre na contemporaneidade é algo bastante recente na história da humanidade, tendo se intensificado nos últimos cento e cinquenta anos. Não obstante, não são poucos os estudos que comprovam o uso dessas diferentes substâncias em praticamente todas as civilizações conhecidas. São muitos os registros que sugerem que as sociedades greco-romanas e egípcias, por exemplo, não apenas conheciam e operavam os saberes farmacológicos, como também consumiam frequentemente vinho, ópio, ervas medicinais e demais plantas que

alteravam a consciência, mostrando que o uso humano de plantas alucinógenas na América do Sul data aproximadamente 11 mil anos (ARBEX JR.; TOGNOLI, 1996).

A influência da cultura do consumo da coca na constituição identitária dos autóctones que vivem nos planaltos andinos, por exemplo, teve início há pelo menos 5 mil anos. Contudo, o encorajamento da produção desta planta por parte dos colonizadores espanhóis, que tratavam dessa folha sagrada para os incas como *talismã do diabo*, só se tornou possível depois da percepção de suas qualidades estimulantes que poderiam resultar na intensificação do trabalho tanto dos camponeses quanto dos mineiros da Bolívia e Perú, uma vez que parte dos trabalhadores braçais as consumia com o objetivo de aliviar o cansaço e a dor física. Na Colômbia, ao contrário destes dois países, a cultura do consumo de coca esteve reservada, até os anos 1970, para o consumo da população indígena que representa hodiernamente 3% de sua população (LABROUSSE, 2010).

Já a *cannabis* não era somente considerada uma importante planta presente na cultura popular do nordeste brasileiro entre os séculos XIX e XX, como também era uma mercadoria extremamente lucrativa nos agronegócios estadunidenses, tendo os presidentes Benjamin Franklin e Thomas Jefferson como dois de seus principais produtores. Como o consumo da maconha no Brasil era constantemente associado à cultura negra, os seus estigmas acabaram orientando as políticas proibicionistas que ultrapassaram todos os governos deste país, inclusive sendo presente nos dias de hoje, embora haja certa tendência internacional em descriminalizar tal conduta. O óleo produzido de cânhamo, gênero da *cannabis* que não possui o potencial psicoativo presente na *cannabis sativa*, conhecida popularmente como maconha, era extraído daquela planta e utilizado como combustível na produção da luz elétrica que chegava às ruas de algumas das grandes cidades dos Estados Unidos da América (DÓRIA, 1986).

O consumo de tabaco e álcool, assim como as demais drogas legais e ilegais, só passou a ser objeto de intervenção reguladora do Estado no final do século XIX e início do XX, através de um processo que ocorreu devido à forte influência dos tratados internacionais, legislações específicas, aparatos policiais e de uma conseqüente variação nos preços e lucros comerciais dessas especiarias. Naquela ocasião, surgiu um imenso aparato de observação, intervenção e regulação de hábitos cotidianos das populações, resultante da operacionalização de

dispositivos das políticas sexuais e raciais que procuravam contê-las. A situação legal das substâncias psicoativas na passagem destes séculos também passou a ser tema de constantes debates na sociedade estadunidense.

Após a Guerra Civil estadunidenses, que ocorreu entre 1861 e 1865, certos grupos aglutinados em torno de igrejas e associações protestantes começaram a se organizar, reivindicando ações mais intensas do governo visando coibir a produção, comércio e consumo de determinadas substâncias psicoativas. Como a cocaína e a morfina não faziam parte da lista de produtos proibidos pela legislação estadunidense, essas organizações passaram a pressionar o governo na busca pela restrição dessas e de outras substâncias psicoativas, tendo o álcool como principal alvo. Dentre os principais grupos formados naquele momento que defendiam essas políticas proibicionistas vale destacar a Anti-Saloon League, fundada em 1893, que direcionava os seus ataques aos estabelecimentos chamados de *saloons* que, conforme os seus idealizadores, concentrava os três maiores vícios das sociedades daquela época: os jogos de azar, a prostituição e o consumo de álcool.

Assim, no final do século XIX, o governo estadunidense reconhecia os movimentos que defendiam a proibição das substâncias psicoativas, especialmente o álcool representado como grande e antigo inimigo do puritanismo, e a possível liberdade de acesso a tais substâncias, a exemplo do refrigerante *Coca-Cola*, lançado em 1885, que por contar com o princípio ativo da folha de coca em sua fórmula, era classificada como uma substância levemente euforizante (RODRIGUES, 2003).

Todavia, com a aprovação do *Food and Drug Act* (Lei Federal sobre Alimentos e Drogas), em 1906, a situação começa a ser modificada de maneira sutil. Por mais que não tenha instituído a proibição de uma droga sequer, essa Lei não apenas regulamentava sua produção e venda, como também exigia rotulagem precisa e condições específicas de higiene nas indústrias farmacêuticas que as produziam. Se por um lado ela representava um avanço para o consumidor por disponibilizar no comércio drogas com maior qualidade, por outro lado, iniciava um processo de intervenção governamental em um campo ainda pouco desbravado, dando indícios de que o controle sobre as drogas seria um assunto bastante relevante para a agenda do governo estadunidenses.

A utilização dessas estratégias de controle sobre a circulação de certas substâncias psicoativas através do governo estadunidenses no



final do século XIX resultou em um processo de segregação social jamais visto na história, amparado na discriminação de práticas culturais milenares que passaram a criminalizar determinados grupos étnicos, a partir do início do século XX. Contudo, é importante destacar que naquele momento emergia certa prática industrial que pretendia aproveitar ao máximo a força de trabalho, tendo como alvo o controle sobre as práticas sexuais, o higienismo e o consumo de drogas, inclusive do álcool. Assim, foi em decorrência destas práticas capitaneadas pelo Estado daquele país que surgiram as primeiras legislações proibicionistas que passaram a criminalizar paulatinamente o comércio e o consumo de ópio (1909), de cocaína e heroína (1914) e finalmente das bebidas alcoólicas, através da chamada Lei Seca de 1919.

O processo de identificação do uso de substâncias psicoativas aos hábitos de determinadas minorias étnicas passou a se dar com certa frequência antes mesmo da criação das primeiras leis proibicionistas. Como naquela momento os negros eram tratados recorrentemente como consumidores de cocaína; os chineses, como usuários de ópio; os irlandeses, como bebedores de álcool; os mexicanos, dentre outros hispânicos, como fumadores de maconha, a implantação de políticas que visavam controlar os corpos daqueles sujeitos pertencentes a certos grupos marginalizados acabou se tornando uma realidade nos Estados Unidos no início do século XX, passando a tratá-los como perigosos inimigos internos.

Os imigrantes, que representavam perigo por sua suposta condição de ameaça à segurança nacional, passaram a serem utilizados como justificativas apropriadas para a criação de estigmatizações e criminalizações que emergiam da suposta instabilidade das posições que ocupavam na hierarquia social, estabelecendo-se como um escondoiro relativamente seguro para a descarga da ansiedade, da raiva e do protecionismo no trabalho de grande parte da população daquele país. Assim, o governo estadunidenses foi selecionando paulatinamente determinados hábitos destes indivíduos que passaram a ser tratados como alvos contra os quais poderiam apontar suas defesas repressivas, tornando-as pertinente do ponto de vista legal e, portanto, tendo algumas de suas manifestações culturais criminalizáveis.

Desde o começo a prisão devia ser um instrumento tão aperfeiçoado quanto a escola, a caserna ou o hospital, e agir com precisão sobre os indivíduos. O fracasso foi imediato

e registrado quase ao mesmo tempo que o próprio projeto. (...) Foi então que houve, como sempre nos mecanismos de poder, uma utilização estratégica daquilo que era um inconveniente. A prisão fabrica delinquentes, mas os delinquentes são úteis tanto no domínio econômico como no político (FOUCAULT, 1979, p. 132).

Com o final da vigência do *welfare state* que se intensificou após o *crash* da bolsa de Nova York em 1929, vimos emergir na década de 1980 o neoliberalismo não somente no Estados Unidos e Inglaterra, mas em boa parte dos países ao redor do planeta, dentre eles, o Brasil. Como consequência da adesão desse modelo econômico de livre mercado produziu-se um determinado tipo de sujeito da nossa época que se caracteriza por pensar em termos de ganhos, conforme ponderou Foucault (2008).

Segundo o autor, a principal característica do neoliberalismo estadunidense é a constante procura pela generalização da forma econômica de mercado por todo o sistema e corpo social que resulta tanto no investimento do capital humano quanto no controle contínuo dos atos tidos como criminosos. As análises e demais mensurações referentes ao capital investido ao longo da vida permearão a própria quantificação do valor que estas vidas possuem do ponto de vista econômico de mercado. Portanto, as relações sociais analisadas pelos neoliberais estadunidenses não apenas partem de uma perspectiva exclusivamente econômica fundamentada no investimento individual do capital humano, como também buscam proporcionar retornos nanceiros aos seus investidores.

Foucault (2008) trouxe um importante exemplo para tratar da intensificação do investimento em capital humano procurado pelos neoliberais através da relação entre mãe e filho, caracterizada pelo tempo empregado e disponibilizado, pela qualidade do cuidado que ela lhe dedicou, pelo afeto de que ela dá prova, pela vigilância com que acompanha seu desenvolvimento físico, emocional e cognitivo, sua educação, seus progressos escolares, pela forma com que tratou de sua alimentação, ou seja, por tudo aquilo que constitui algum investimento de tempo que culminará com o sucesso do capital humano investido nesse sujeito. Desse modo, o reconhecimento do sucesso do investimento da mãe e de sua plena satisfação só acontecerá no momento em que a criança começar a produzir a renda esperada decorrente do investimento do capital humano na criança.

Esta forma geral de mercado que vigora nos Estados Unidos tem sido utilizada cada vez mais como ferramenta neoliberal de discriminação, uma vez que as análises dos comportamentos não-econômicos que ocorrem por meio da inteligibilidade econômica se encontram com as críticas e as avaliações das ações do poder público em termos de mercado, culminando com a elaboração de noções referentes tanto à criminalidade quanto ao funcionamento da justiça penal.

A preocupação com a lei amparada na ideia de que um sistema penal só opera efetivamente na presunção de uma boa legislação, acaba sendo intensificada e incorporada como verdade através da utilização de termos econômicos que resultam da avaliação dos custos de erradicação daquilo que se caracteriza como crime. Todavia, o discurso penal utilizado pela perspectiva neoliberal estadunidense pressupõe cálculos de utilidade decorrentes da minimização de custos referentes ao controle sobre as consideradas práticas criminais.

A lei é a solução mais econômica para punir devidamente as pessoas e para que essa punição seja eficaz. Primeiro, vai-se definir o crime como uma infração a uma lei formulada; logo, não há crime e é impossível incriminar um ato enquanto não há uma lei. Segundo, as penas devem ser estabelecidas, e estabelecidas de uma vez por todas, pela lei. Terceiro, essas penas devem ser estabelecidas, na própria lei, de acordo com uma gradação que acompanha a gravidade do crime. Quarto, o tribunal penal doravante só terá uma coisa a fazer: aplicar ao crime, tal como foi caracterizado e provado, uma lei que determina de antemão que pena o criminoso deve receber em função da gravidade do seu crime. Mecânica absolutamente simples, mecânica aparentemente óbvia, que constitui a forma mais econômica, isto é, menos onerosa e mais certa, para obter a punição e a eliminação das condutas consideradas nocivas à sociedade. A lei, o mecanismo da lei foi adotado no poder penal, creio eu, no fim do século XVIII, como princípio de economia, no sentido ao mesmo tempo lato e preciso da palavra “economia”. O *homo penalis*, o homem que é penalizável, o homem que se expõe à lei e pode ser punido pela lei, esse *homo penalis* é, no sentido estrito, um *homo economicus*. E é a lei que permite, precisamente, articular o problema da penalidade com o problema da economia (FOUCAULT, 2008, p. 341).

Essa série de deslocamentos referentes à passagem do *homo economicus* ao *homo legalis*, ao *homo penalis* e, finalmente ao *homo*

*criminalis* resulta de uma análise econômica não apenas do crime, mas da criminalidade. A necessidade e a gradação da punição, bem como a aplicação efetiva da lei penal, só puderam se tornar dotadas de sentido no momento em que a punição deixou de operar através do ato tido como criminoso e passou a se dar por meio do próprio indivíduo em decorrência de seu ato que deveria ser utilizado como exemplo aos outros possíveis “infratores”.

A aplicação penal decorrente da economia de mercado fundamentada no liberalismo conquistou os maiores sonhos de toda a ciência política do século XVIII, conseguindo que o direito fosse construído e aplicado inteiramente a partir de cálculos de utilidade. Contudo, foi preciso manter o problema do *homo economicus* que, ao ultrapassar as barreiras expostas pelo problema das formas da estrutura jurídica, reduziu a criminalidade e a delinqüência à esfera econômica. Como o código penal não estabelecia nenhuma definição substancial, qualitativa e moral do crime, os neoliberais o trataram basicamente como tudo aquilo que fosse passível de ser punido pela lei, caracterizando todo ato criminoso como crime. É imprescindível verificar que tanto a teoria do capital humano quanto à conduta criminoso possuem objetivos bastante similares visando a obtenção de resultados decorrentes do investimento em ações perpassadas por situações de risco.

(...) o criminoso não é, de forma alguma, marcado ou interrogado a partir de características, morais ou antropológicas. O criminoso não é nada mais que absolutamente qualquer um. O criminoso é todo o mundo, quer dizer, ele é tratado como qualquer outra pessoa que investe numa ação, que espera lucrar com ela e aceita o risco de uma perda. O criminoso, desse ponto de vista, não é nada mais que isso e deve continuar sendo nada mais que isso. Nessa medida, vocês percebem que aquilo que o sistema penal terá de se ocupar já não é essa realidade dupla do crime e do criminoso. É uma conduta, é uma série de condutas que produzem ações, ações cujos atores esperam um lucro, que são afetadas por um risco especial, que não é simplesmente o da perda econômica, mas o risco penal ou ainda o risco da perda econômica que é infligida por um sistema penal. O próprio sistema penal lidará portanto, não com criminosos, mas com pessoas que produzem este tipo de ação. Em outras palavras, ele terá de reagir a uma oferta de crime (FOUCAULT, 2008, p. 346).

Para Foucault (2008), a política penal não tem somente como princípio a intervenção no mercado do crime, como também visa intervir na oferta do crime, buscando reduzi-lo e limitá-lo através de uma demanda negativa cujo custo jamais deverá superar aquele decorrente da criminalidade cuja oferta se procura limitar. Como a sociedade vai bem com certa taxa de ilegalidade e supostamente iria muito mal se procurasse reduzi-la, a questão primordial da política penal não trata exclusivamente da punição dos crimes, nem mesmo de quais ações devem ser consideradas como crime, mas sim do que deve ser tolerado enquanto crime.

A questão do controle sobre certas substâncias psicoativas estabelecidas pelos Estados modernos como ilícitas foi reconhecida por Foucault (2008) como não sendo somente de um fenômeno de mercado permeado por uma análise econômica, mas também de um exemplo do funcionamento de certa economia da criminalidade. Por mais que a circulação da droga no mercado ocorra há alguns anos, até a década de 1970, as políticas de enforço da lei<sup>4</sup> visavam exclusivamente à redução da oferta, do crime e da delinqüência em decorrência da droga através da redução de sua quantidade disponibilizada no mercado. Deste modo, havia uma busca constante em dismantelar as redes de distribuição das drogas.

As inúmeras tentativas de desarticulação do mercado de substâncias psicoativas ilícitas através da perseguição às redes de distribuição e comércio trouxeram como consequência não somente o aumento de seu preço, como também promoveram a intensificação do monopólio e oligopólio dos grandes vendedores ou “traficantes” e das

<sup>4</sup> Esta expressão tem origem na língua inglesa com a expressão *enforcement of law* que é de difícil tradução para a língua portuguesa. Foucault (2008, p. 347-348) tenta explicar seu sentido da seguinte maneira: “Essa ideia de uma força da lei é traduzida, como vocês sabem, por esta palavra, que encontramos com tanta frequência, *enforcement*, e que se costuma traduzir por ‘reforço’ da lei. Não é isso. O *enforcement of law* é mais que a aplicação da lei, pois se trata de uma série bem diferente de instrumentos reais que se tem de pôr em prática para aplicar a lei. Mas não é o reforço da lei, é menos que o reforço da lei, na medida em que o reforço significaria que ela é demasiado fraca e que é necessário acrescentar um pequeno suplemento ou torná-la mais severa. O *enforcement of law* é o conjunto de instrumentos postos em prática para dar a esse ato de interdição, em que consiste a formulação da lei, realidade social, realidade política, etc.” Diante desta dificuldade, utilizaremos “enforço da lei” que tem sido uma tradução recorrente para o termo.

redes de distribuição da droga, resultando no aumento expressivo de seus preços, já que não se submetiam às leis de concorrência estabelecidas pelo mercado.

Também é importante destacar que este processo também gerou outro fenômeno bastante significativo do ponto de vista da criminalidade referente ao nível de intoxicação, uso abusivo e/ou dependência dos indivíduos que consumiam essas substâncias. Como o consumo de drogas ocorre de forma elástica, pelo menos no caso daqueles mais intoxicados, o indivíduo realmente dependente da substância estará disposto a pagar o preço que for pela mercadoria que necessita. Assim, essa elasticidade decorrente da demanda da droga promove certo aumento na criminalidade na medida em que o indivíduo que depende psiquicamente ou socialmente destas substâncias, em caso de necessidade possivelmente poderá assaltar alguém na rua objetivando auferir a quantia necessária, possibilitando que o seu consumo desejado de fato ocorra.

As legislações ou os modelos de legislações e de enforço de lei que se desenvolveram no decorrer dos anos 1960 mostraram-se um enorme fracasso no que se refere ao controle da criminalidade decorrente das drogas (FOUCAULT, 2008, p. 352) porque jamais conseguiram operar veementemente sobre as duas categorias de compradores que são estabelecidas a partir de uma demanda elástica e outra inelástica. Enquanto os consumidores que fazem parte da demanda elástica podem optar por não pagar pelos preços demasiadamente altos, renunciando o consumo que lhes é prometido como fonte de muitos prazeres, os consumidores envolvidos pela demanda inelástica estarão condicionados a pagar o preço que for pela droga em decorrência de suas necessidades.

Há toda uma política que se traduziu aliás, como vocês sabem, por uma [atitude] que não procurava tanto diferenciar entre as chamadas drogas leves e as drogas pesadas, mas distinguia entre as drogas com valor indutivo e as drogas sem valor indutivo, e distinguia sobretudo, dois tipos de consumo, o consumo elástico da droga e o consumo inelástico. E a partir daí toda uma política de enforço da lei voltada para os novos consumidores, para os consumidores potenciais, para os pequenos tra cantes, para esse pequeno comércio que se faz nas esquinas; política de enforço da lei que obedecesse a uma racionalidade econômica que era a racionalidade de um mercado, com esses elementos diferenciados de que eu lhes falava (FOUCAULT, 2008, p. 353).

Deste modo, não se buscava eliminar o criminoso em escala individual. Ao contrário, tratava-se de postular um elemento, uma dimensão e um nível de conduta que pode ser interpretada como um comportamento econômico e controlado amparado pela noção de sujeito econômico que pressupõe, no sentido estrito, a busca em qualquer circunstância pela maximização do lucro e pela otimização da relação entre ganho/perda.

Em agosto de 1986 o presidente Reagan realizou uma declaração pública argumentando que as “drogas eram o problema número um do país” e que “a guerra deveria começar dentro de casa”. Ao procurar uma forma para solucionar este problema, o presidente estadunidense apresentou um novo programa, que visava eliminar as drogas nos Estados Unidos, pautado em seis princípios: Eliminar as drogas ilegais dos locais de trabalho; eliminar o abuso de drogas nas escolas; proporcionar tratamentos efetivos para os consumidores crônicos; melhorar a cooperação internacional para evitar a entrada de drogas ilegais intensificando a aplicação da lei; ampliar a punição destes crimes, e aumentar o conhecimento do público sobre as políticas de prevenção do “abuso de drogas”. Os indivíduos pertencentes a determinados grupos ou etnias diferentes da dominante, dentre eles os imigrantes, e em particular os recém chegados, representavam aquilo que Bauman (2004) chamou de população redundantes, que assombravam a vida das potenciais “vítimas do medo”.

Neste sentido, a partir da década seguinte uma transformação ocorreria no tratamento penal dado ao “problema das drogas”. Ainda que esta atuação econômica sobre o mercado do crime continuasse em evidência, ela teria que conviver com uma política muito mais intensa de controle de formas de vida e de estratégias de sobrevivência dos grupos compreendidos como “perigosos”.

Agora não mais se tratava fundamentalmente de impor uma demanda negativa sobre a conduta delituosa, mas sim de uma política de controle de excedentes populacionais, de grupos que se tornariam os principais atingidos pelas transformações econômicas concretas impostas pelo neoliberalismo, notadamente o subproletariado negro, por meio do recurso intensivo do aprisionamento. Esta nova face da guerra às drogas irá se manifestar por meio de um processo de criminalização da pobreza que se reflete em uma política de encarceramento em massa, conforme demonstrou Wacquant (2001, 2007).

### 3. Do Estado Providência ao Estado Penitência

Para que seja possível compreender este novo desenho que as políticas criminais, dentre elas a política de guerra às drogas, assume nas décadas posteriores ao governo Nixon, achamos necessário resgatar algumas teses de Loïc Wacquant (2007) que as situam justamente no momento em que a racionalidade neoliberal gera seus principais efeitos sobre a economia estadunidense.

Segundo ele, dois fenômenos deveriam ser analisados de maneira correlata: o crescimento exponencial do encarceramento, de um lado, e a retração das políticas de garantia de direitos sociais, de outro. A sua hipótese é a de que existe um nexos direto entre a crise do Estado Social e a ascensão do neoliberalismo com a ampliação do apetite punitivo do Estado.

Nos Estados Unidos, por exemplo, segundo os dados do *Bureau of Justice Statistics*, em 1980 havia 503.600 encarcerados, em 1989 este número ultrapassou a marca de um milhão de pessoas, em 2002 já eram 2.033.100, chegando a 2013 com 2.220.300. Um aumento de mais de 300% em três décadas.

O autor ainda mostrou que, pelo menos desde a administração de Richard Nixon (1969-1974)<sup>5</sup>, houve nos Estados Unidos um atrofamento gradual da rede de seguridade social que havia sido instalada nos anos que sucederam a Grande Depressão. Deste modo, seguindo a orientação neoliberal de redução das intervenções, das atividades e dos gastos estatais, cada vez mais o Estado diminuía seus orçamentos destinados ao bem-estar social, na medida em que gradativamente ampliavam-se as desigualdades sociais e a insegurança econômica (WACQUANT, 2007, p. 89-96).

Os indivíduos foram intimados a “assumir a responsabilidade por suas próprias vidas” e a assistência social passou a ser vista como algo que estimula a preguiça e o vício - o argumento era o de que seus beneficiários se tornavam dependentes dela, assim como os toxicômanos dependem de suas drogas, razão pela qual a assistência precisava ser eliminada (WACQUANT, 2007, p. 97 e 263).

<sup>5</sup> Nixon foi o primeiro presidente aconselhado diretamente pelo economista neoliberal Milton Friedman. No entanto, este criticou o presidente por entender que ele abriu mão de fazer todas as reformas neoliberais por receio de serem impopulares (FRIEDMAN; FRIEDMAN, 1998, p. 375-396).

O benefício conhecido como *Aid to Families with Dependent Children* (AFDC)<sup>6</sup>, por exemplo, destinava para uma família de quatro pessoas sem nenhuma fonte de renda US\$ 221 por mês em 1970; ao passo que em 1980 o valor era US\$ 350 – porém, levando em conta a inflação do período, em valores constantes, isso seria equivalente a US\$ 165. Em 1990, o benefício era de US\$ 128 em valores constantes e em 1995 de US\$ 110 – uma queda real de mais de 50% em 25 anos. Finalmente, o AFDC foi extinto, por definitivo, em 1996 (WACQUANT, 2007, p. 97).<sup>7</sup>

Além disso, o recuo dos instrumentos de bem-estar se deram em várias outras frentes, como o seguro-desemprego e o auxílio para a invalidez ocupacional. No primeiro caso, a cobertura caiu de 76% dos assalariados que perderam seus empregos em 1935 para cerca de 30% em 1995. No segundo, a taxa de cobertura caiu de 7,1 trabalhadores em cada mil no ano de 1975 para 4,5 em mil em 1995 (WACQUANT, 2007, p. 101).

Segundo Wacquant (2007), de acordo com as estatísticas oficiais, em 1991 uma em cada três famílias estadunidenses era incapaz de dar conta, ao mesmo tempo, de suas necessidades básicas e dos custos de moradia. No final de 1994 o número de pobres nos Estados Unidos ultrapassava 40 milhões de pessoas – o equivalente a 15% da população da época. Isso sem contar com o aumento significativo do desemprego entre 1980 e 1990 decorrente da política de “enxugamento” (*downsize*) que se tornou o instrumento privilegiado de gestão financeira das empresas (WACQUANT, 2007, p. 102-103).

Todavia, conjuntamente a essas medidas de redução dos papéis sociais do Estado e do aumento da insegurança social em geral, outra série de fenômenos chamou a atenção de Wacquant neste mesmo período: o incremento considerável da capacidade e da extensão da punição nos Estados Unidos. Para ele, ao longo de toda a década de

<sup>6</sup> Benefício destinado à assistência de crianças filhas de pais solteiros ou de famílias com baixa renda.

<sup>7</sup> Isso sem contar a “técnica administrativa” utilizada ao longo desse período para dificultar o acesso este benefício. Segundo Wacquant diversos empecilhos burocráticos foram criados com o objetivo declarado de identificar os abusos e os fraudadores do sistema. Deste modo, os formulários a serem preenchidos, os documentos exigidos, e a frequência das reavaliações aumentaram consideravelmente fazendo com que entre 1972 e 1984 as recusas administrativas aumentassem em um milhão (WACQUANT, 2007, p. 98-99).

1960 até o início da década de 1970 a população prisional diminuía regularmente a ponto dos especialistas da época dizerem que, após ter ocupado um papel central no capitalismo industrial, nas sociedades avançadas a prisão estaria destinada a desempenhar uma função menor<sup>8</sup>. Em 1973 o número de encarcerados chegou ao seu nível mais baixo desde o final da Segunda Guerra (WACQUANT, 2007, p. 206).

Contudo, contra todas as avaliações possíveis, após 1973 houve uma reviravolta brutal na demografia carcerária nos Estados Unidos: sua população *dobrou* em dez anos e *quadruplicou* em vinte, conforme demonstrou Wacquant (2007). Mesmo levando em consideração o aumento populacional, este crescimento ainda é assustador: em 1970 eram 96 presos por 100 mil habitantes, já em 2000 eram 478, chegando a 698 por 100 mil em 2013 – mais de sete vezes mais (WACQUANT, 2007, p. 207).

Mesmo com o grau de independência que cada unidade da federação possui no âmbito penal nos Estados Unidos, Wacquant demonstrou que essa foi uma “tendência nacional de fundo” que independia das características individuais de cada Estado, do seu nível de criminalidade e da orientação política do executivo local (WACQUANT, 2007, p. 213).

Porém, outro dado ainda mais surpreendente é que este aumento vertiginoso da população carcerária se deu durante um período de estagnação e depois de recuo da criminalidade. Entre 1975 e 1995 os níveis de homicídio, roubos qualificados, lesões corporais e delitos de propriedade permaneceram praticamente os mesmos, quando não diminuiriam (WACQUANT, 2007, p. 222).

Portanto, conforme demonstra Wacquant, este *hiperencarceramento* estadunidense não se explica por uma escalada da criminalidade violenta,

<sup>8</sup> Como afirma Wacquant: “Vale lembrar que [...] por volta de meados dos anos 1970 a população carcerária dos EUA estava declinando de forma acelerada há pelo aproximadamente duas décadas, atingindo um total de aproximadamente 360.000 detentos em 1973. Os principais analistas da questão penal, de David Rothman a Michel Foucault e a Alfred Blumstein, foram então unânimes em prever a iminente marginalização da prisão como instituição de controle social ou, no pior dos cenários, a estabilidade a longo prazo do confinamento penal num nível historicamente moderado. Ninguém previa a iminente quadruplicação da população prisional estadunidense nos 20 anos seguintes, que faria com que a marca de dois milhões de presos fosse atingida em 2000, mesmo tendo a taxa de crimes estagnado e depois regredido durante esse período” (WACQUANT, 2007, p. 344, nota vi).

mas especialmente pela extensão do recurso ao aprisionamento para uma série de delitos de rua que até então não acarretavam a privação de liberdade, tais como algumas infrações relativas ao comércio e produção de certas substâncias psicoativas, assim como determinados tipos de comportamentos tidos como atentatórios à ordem pública. Em resumo, um conjunto cada vez maior de infratores, fossem eles criminosos profissionais e violentos ou de ocasião e não-violentos eram agora submetidos a penas cada vez mais intensas. Portanto, o encarceramento não surge como uma resposta ao aumento da *insegurança criminal*, mas da *insegurança social* imposta pelo modelo neoliberal (WACQUANT, 2007, p. 222).

Além disso, outros dois fatores foram determinantes para o aumento da população carcerária: o alongamento das detenções e o volume de aprisionados. Em primeiro lugar, o maior recurso ao aprisionamento, com penas cada vez maiores, traduz o endurecimento da política criminal e judiciária nos Estados Unidos. Afinal, no conjunto, houve a multiplicação das infrações que acarretam o aprisionamento; o aumento das penas impostas tanto aos delitos violentos como aos sem gravidade; instauração de penas irredutíveis para certas causas como tráfico de entorpecentes e atentados aos costumes; perpetuidade automática do terceiro crime (“*three strikes and you’re out*”); endurecimento generalizado das sanções em caso de reincidência; aplicação do Código Penal adulto aos menores de 16 anos; redução ou supressão da liberdade condicional; dentre outros (WACQUANT, 2007, p. 226).

Por outro lado, ademais do aumento do tempo de encarceramento, a estrutura policial e judiciária ampliou sua persecução aos supostos criminosos. No início da década de 1980, a polícia nos Estados Unidos efetuava em torno de 10,4 milhões de detenções, das quais cerca de 69% foram seguidas de condenação e aprisionamento. Por volta de 1995 o número de detenções já chegava a 15,2 milhões, das quais cerca de 94% resultaram em aprisionamento (WACQUANT, 2007, p. 227).

Para Wacquant (2007), tudo isso indica que a penalização, antes de tudo, visa conter as desordens urbanas alimentadas pela desregulamentação econômica e disciplinar de frações precarizadas da classe trabalhadora pós-industrial pobre e negra. Em suas palavras,

O que mudou durante este período não foi a natureza e a frequência da atividade criminosa, mas sim a atitude

dos poderes públicos – e da classe média branca que constitui o grosso dos contingentes eleitorais – para com o proletariado e o subproletariado negro, escolhidos para se constituírem no principal alvo e junto aos quais o Estado penal se encarrega de reafirmar os imperativos cívicos do trabalho e da moralidade com tão mais vigor, que a precarização do emprego e a contração da caridade do Estado os colocam cada vez mais vulneráveis (WACQUANT, 2007, p. 225).

A este processo Wacquant (2007) deu o nome de *criminalização da pobreza*, uma vez que o que está em questão é o fato de a punição ser direcionada a determinados indivíduos pelo simples fato de serem pobres. Tratam-se de medidas que se destinam a transformar em crime *as formas de vida e as estratégias de sobrevivência das camadas inferiores do proletariado*, notadamente seus integrantes negros e hispânicos. Deste modo, segundo o autor,

O recurso sistemático às instituições policial e judiciária para conter as desordens da vida cotidiana nas famílias e nos bairros pobres explica por que as prisões estadunidenses estão hoje cheias, não de “predadores violentos”, como alardeiam os partidários do “tudo pelo carcerário”, mas sim por criminosos não violentos e delinquentes vulgares do direito comum, os quais, como já se destacou anteriormente, são essencialmente egressos das frações precarizadas da classe operária (WACQUANT, 2007, p. 228).

Isso se confirma com a forma seletiva como este rigor penal é distribuído sobre os diferentes grupos sociais. Assim, são ampliadas as táticas legais de coação destinadas exclusivamente aos distritos decadentes das classes pobres, como o “policiamento para a manutenção da ordem” (conhecido como “tolerância zero”); batidas policiais intensivas em conjuntos habitacionais ou em escolas públicas; normas destinadas a coibir ações de gangues; e, até mesmo, toques de recolher para jovens em guetos e bairros pobres (WACQUANT, 2007, p. 123). Por outro lado, não foram detectadas mudanças expressivas nos mecanismos para coibir, por exemplo, os chamados por Sutherland (2015) de crimes de colarinho branco, que certamente trazem prejuízos econômicos ao Estado muito maiores que aquelas infrações recorrentemente cognominadas de crimes de bagatela.

Por esta razão, pode-se dizer que, se o modelo do Estado de bem-estar social empreendia uma *guerra contra a pobreza* por meio de políticas caritativas, o modelo neoliberal empreende uma verdadeira *guerra contra os pobres* por meio de suas políticas criminais e de segurança pública (WACQUANT, 2007, p. 275). Mais do que isso, pode-se dizer que esta é a característica chave do processo de retração do Estado social e ascensão do neoliberalismo: um governo mínimo no campo econômico e um governo máximo no campo punitivo, o *Estado-centauro*<sup>9</sup>.

Por isso que, a galope, este centauro trouxe uma consequência devastadora para o sistema carcerário dos Estados neoliberais: o *encarceramento em massa*, ou *hiperencarceramento*, das frações negras e pobres do subproletariado. Em suma, em suas investigações Wacquant (2007) constatou que nos EUA, o centro pulsante das reformas neoliberais, a taxa de encarceramento (por 100 mil habitantes) no final da década de 1990 já era de seis a doze vezes maior que a registrada nos países da União Europeia – uma diferença que por volta do ano de 1970 não chegava a três vezes. Como ele demonstra, mesmo a África do Sul, ao final da guerra civil contra o apartheid, prendia duas vezes menos que os Estados Unidos (2007, p. 213-214).

Diante disso, as pesquisas de Wacquant conseguem demonstrar que para a racionalidade neoliberal a exigência de um governo mínimo (*less government*) sobre a economia é plenamente compatível com um governo máximo (*big government*) sobre a sociedade. Mais do que isso, que o governo econômico mínimo *demand*a um governo punitivo e autoritário máximo que busca gerir a pobreza por meio da segregação, exclusão e confinamento. Portanto,

[...] com o advento do governo neoliberal da insegurança social, que junta o trabalho restritivo com a prisão expansiva, não são apenas as políticas do estado que não são liberais, mas *sua própria arquitetura*. Analisar o surgimento e o funcionamento da política punitiva da pobreza nos Estados Unidos após a dissolução da ordem fordista-keynesiana e

<sup>9</sup> “Esse *Estado-centauro*, guiado por uma cabeça liberal, montada num corpo autoritário, aplica a doutrina do *laissez-faire et laissez-passer* a montante, com relação às desigualdades sociais, aos mecanismos que as geram (o livre jogo do capital, desrespeito do direito do trabalho e desregulamentação do emprego, retração ou remoção das proteções coletivas), mas mostra-se brutalmente paternalista e punitivo a jusante, quando se trata de administrar suas consequências no nível cotidiano” (WACQUANT, 2007, p. 88-89).

a implosão do gueto negro revela que o neoliberalismo ocasiona, não o encolhimento do governo, mas a formação de um *estado-centauro*, liberal no topo e paternalista na base, que apresenta faces radicalmente diferentes nas duas extremidades da hierarquia social: um rosto simpático e gentil para as classes média e alta, e uma cara medonha e carrancuda para a classe baixa (WACQUANT, 2007, p. 37).

Wacquant (2007) conseguiu desnudar com precisão as consequências sociais da implementação das reformas neoliberais, uma vez que constatou que a redução das vantagens e dos direitos sociais do estado Providência, longe de produzir um ambiente de liberdade de produção e de “desinchaço da máquina pública”, conforme sonhavam os defensores do neoliberalismo, na verdade serviu para abrir espaço para o surgimento de um verdadeiro Leviatã punitivo, pesado e caro, que visa conter as parcelas da população atingidas pela precariedade dos empregos, pobreza em massa e insegurança social.

#### 4. Encarceramento em massa e criminalização da pobreza no Brasil

Pensar no contexto brasileiro a partir dos argumentos apresentados por Wacquant exige alguns cuidados. O principal deles é o de que nunca tivemos aqui implantado um verdadeiro Estado Social nos moldes europeus. Por mais que a Constituição da República de 1988 tenha sido fortemente inspirada pelo ideal da social democracia, ela sempre encontrou dificuldades para ser efetivada, uma vez que o caminho trilhado pela política e pela economia do país após a sua promulgação foi bastante diverso daquele que o texto previa.

A Constituição, assim, nasce influenciada por um ideário que, naquele momento, já rumava para a sua derrocada nos países ocidentais e que, por consequência, nunca seria implementado no Brasil. No entanto, é certo também que o neoliberalismo chegou no país com um pouco de atraso se comparado a outros países ocidentais, tendo iniciado a partir do governo de Fernando Collor de Melo, em 1990, mas se consolidando efetivamente no governo de Fernando Henrique Cardoso, entre 1994 e 2003.

Contudo, os dados que apresentaremos doravante mostram que independente da ausência da consolidação de um Estado Social prévio, os efeitos do neoliberalismo foram tão ou mais fortes no Brasil, que nos

Estados Unidos ou Europa. A penalidade neoliberal já encontrou um campo fértil em uma sociedade extremamente desigual, sem uma democracia consolidada após anos de Ditadura civil-militar e com um sistema penal herdeiro direto do estatuto escravista, conforme mostrou Flauzina (2008).

Em sua “Nota aos leitores brasileiros: rumo a uma ditadura sobre os pobres?” que serve de introdução para a tradução brasileira de *As Prisões da Miséria*, Wacquant afirma que:

[...] a penalidade neoliberal é ainda mais sedutora e mais funesta quando aplicada em países ao mesmo tempo atingidos por fortes desigualdades de condições e de oportunidades de vida e desprovidos de tradição democrática e de instituições capazes de amortecer os choques causados pela mutação do trabalho e do indivíduo no limiar do novo século (WACQUANT, 2001, p. 07).

De fato, após décadas de enraizamento da ideologia de mercado nas instituições, os resultados das políticas de encarceramento em massa saltam aos olhos. Conforme os dados apresentados pelo Ministério da Justiça em 2014, em que mostra que o Brasil possuía uma população prisional de 607.731 presos, a quarta maior do mundo perdendo apenas para Estados Unidos, China e Rússia<sup>10</sup>. No entanto, tendo em vista o ritmo acelerado de encarceramento no Brasil, diante de um leve decréscimo do número de encarcerados nos últimos anos nos três países que lideram a contagem, estima-se que em 2018 a nossa população carcerária ultrapasse numericamente a da Rússia<sup>11</sup>.

Acrescente-se a isso, o fato de que a nossa taxa de ocupação dos presídios é de 161%, o que significa que há um déficit de 231.062 vagas nas instituições. Ou seja, entre os 20 países com maior número de presos no mundo, nossa taxa de ocupação só é menor que das Filipinas (316%), Peru (223%) e Paquistão (177,4%). Ficamos em quarto lugar empatados com o Irã. Não obstante, são as variações das taxas de aprisionamento (por 100 mil) e o número de encarcerados que podem ajudar a compreender como as políticas neoliberais, implementadas a partir do início da década de 1990, possibilitaram esse *hiperencarceramento*.

<sup>10</sup> Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN, 2014.

<sup>11</sup> De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, nós já ocuparíamos a terceira posição no ranking se as estatísticas considerassem os presos em regime de prisão domiciliar.

Entre 1995 e 2010 o Brasil foi o segundo país, dentre os 50 com maior população carcerária, com a maior variação da taxa de aprisionamento, com 136% de crescimento, perdendo apenas para a Indonésia com 145%<sup>12</sup>. Neste período, como já havia passado a parte mais incisiva do *boom* carcerário dos EUA, esse país ficou em 21 lugar com 23% de variação positiva. Ressalte-se que entre os dez primeiros colocados, sete são países latino-americanos.

Com relação à população prisional brasileira, como dissemos anteriormente, o aumento foi de 575% entre 1990 e 2014, saindo de 90 mil para 607,7 mil presos. Ou seja, o número de pessoas privadas de liberdade em 2014 é 6,7 vezes maior que em 1990. Apenas entre 2000 e 2014 o crescimento da população carcerária foi de 161%, o que corresponde a dez vezes o crescimento da população total no período.

Estes dados demonstram como após a implementação da racionalidade neoliberal no Brasil o *encarceramento em massa* tem atingido índices difíceis de serem acompanhados pelos países que compartilham o encargo de serem os maiores encarceradores do mundo. Mais do que isso, o Brasil supera, em muito, os países que foram os pioneiros na implementação das políticas punitivas neoliberais<sup>13</sup>. Assim, parece que neste ponto, invertendo lógica universalmente aceita do colonial e da periferia como “pré-desenvolvimento”, a extensão da violência do neoliberalismo parece aqui ser mais realizada que nos chamados países de centro. É o Ocidente realizado, mais europeus que a Europa e mais estadunidenses que os EUA (BRITO Jr., 2001, p. 160).

## 5. Encarceramento em massa e as políticas de combate ao comércio de substâncias consideradas ilícitas no Brasil: o protagonismo judicial no hiperencarceramento

A Lei 11.343/2006, a Nova Lei de Drogas, entrou em vigor no dia 07 de outubro de 2006 instituindo o que seria um novo conjunto de políticas públicas sobre drogas que teriam como objetivo primordial

<sup>12</sup> Deve-se considerar, entretanto, que a taxa de aprisionamento na Indonésia é de 66 pessoas por cada 100 mil habitantes, contra 299,7 no Brasil, e sua população carcerária é de 167.163 pessoas (INFOPEN, 2014).

<sup>13</sup> A título de comparação, a variação da taxa de encarceramento entre 1995 e 2010 foi de 53% no Reino Unido, 21% dos Estados Unidos, 10% na França e 9% na Alemanha.



a prevenção do uso indevido com a atenção e reinserção social de usuários dependentes e, em um segundo plano, disporia sobre normas para repressão da produção e comercialização não autorizadas de drogas. Tanto que uma de suas maiores inovações foi a despenalização das condutas de adquirir, guardar, manter em depósito, transportar ou ter consigo drogas ilícitas destinadas ao consumo pessoal.

Sendo, portanto, um Sistema Nacional voltado prioritariamente para a atenção ao usuário e havendo ainda a despenalização do uso de substâncias psicoativas, a nova lei parecia ter dado um enorme salto qualitativo frente à antiga lei 6.368/1976, que adotava uma visão mais repressiva de guerra às drogas, inclusive com a atribuição de pena de prisão de seis meses a dois anos para as condutas destinadas ao consumo pessoal de drogas.

Diante disto, uma visão otimista desta mudança poderia levar a crer que com a despenalização do uso, as políticas repressivas seriam destinadas a combater os grandes grupos de traficantes de drogas, enquanto políticas sociais, assistenciais e de saúde pública seriam destinadas ao tratamento daqueles indivíduos que apresentassem problema com o consumo dessas substâncias. Seria assim um combate mais inteligente e direcionado, com mais eficácia e menos danos colaterais. Desta maneira, o primeiro resultado esperado seria uma redução do número de encarcerados com base na Lei de Drogas, tanto pela impossibilidade de punir os usuários quanto pela precisão maior na repressão ao comércio ilícito.

O problema é que estes resultados otimistas que poderiam ser previstos em 2006 nunca foram verificados na prática. Ao contrário, a despeito do novo regime jurídico implementado pela Lei 11.343/2006, as agências do sistema de justiça criminal passaram a operar em um sentido oposto e conseguiram não apenas promover um aumento exponencial do recurso ao encarceramento, mas também, especialmente no caso do Estado do Rio de Janeiro, reforçaram os instrumentos jurídicos de legitimação do extermínio de civis em operações policiais<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Para um aprofundamento no debate sobre os instrumentos de legitimação dos homicídios de civis, que não é objeto primordial deste trabalho, recomendamos as pesquisas de Zaccone (2015) intitulada *Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro* e de Misse, Grillo, Teixeira e Neri (2013) intitulada *Quando a polícia mata: homicídios por "autos de resistência no Rio de Janeiro (2001-2011)*.

No primeiro caso, uma análise dos dados do Ministério da Justiça consegue demonstrar como as políticas de combate ao comércio de drogas engendraram um crescimento expressivo da população carcerária no país, como mostra a Tabela 1, abaixo:

**TABELA 1**

População carcerária geral e por crimes das Leis de Drogas (6.368/76 e 11.343/06)

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
População carcerária - Geral	296.919	336.775	366.359	393.488	417.112	445.705	471.254	515.482
População carcerária - Lei de drogas	32.880	47.472	65.494	77.371	91.037	106.397	125.744	138.198
Percentual dos presos pela Lei de drogas	11,1%	14,1%	17,9%	19,7%	21,8%	23,9%	26,7%	26,8%

Fonte: Infopen

Enquanto em 2005 o percentual de presos com base nos crimes da Lei de Drogas girava em torno de 11,1% do total da população carcerária, esta fração já correspondia a 26,8% após cerca de seis anos de vigência da Lei 11.343/2006, mais de um quarto do total. Somente estas políticas criminais de repressão às drogas consideradas ilícitas foram responsáveis pelo encarceramento de 105.318 pessoas a mais desde 2005.

Os dados também mostram como este modelo repressivo adotado pelo sistema de justiça criminal foi uma das grandes locomotivas para o salto no número de encarcerados que fizeram do Brasil o país com a quarta população carcerária do mundo. Nestes sete anos considerados, enquanto o número de presos em geral aumentou em 73,6%, aqueles presos por crimes relacionados à Lei de Drogas aumentaram em 320,3%.

**TABELA 2**

Taxa de crescimento da população carcerária 2005-2012

População carcerária - Geral	73,6%
População carcerária - Lei de drogas	320,3%
Percentual dos presos pela Lei de drogas	141,4%

Bastante significativo é o fato de que a fração de aprisionados por crimes relacionados à Lei de Drogas tenha aumentado em 141,4% entre 2005 e 2012, o que demonstra a centralidade da repressão a estas condutas no processo de encarceramento massivo da população. Pesquisas como as de Boiteaux (2009) demonstram que um dos principais elementos que favorecem esta política de encarceramento é a interpretação dada pelo sistema de justiça criminal ao promover a distinção entre o usuário, que seria despenalizado, e o traficante, que passou a receber tratamento mais severo pelo regime jurídico da nova lei.

Como verificou Boiteaux (2009), a partir da análise de mais de 730 decisões de varas criminais estaduais e federais nas cidades de Brasília e Rio de Janeiro, a expressiva maioria dos presos por crime de tráfico de drogas possuía pouca quantidade de droga consigo, agiam sozinhos e não em “organizações criminosas”, tendo sido presos em flagrante e não em operações de investigação mais aprofundadas levadas a cabo pelos órgão competentes da polícia<sup>15</sup>. Segundo a pesquisadora:

[...] resumidamente, o perfil dos condenados por tráfico de drogas no foro central estadual da cidade do Rio de Janeiro é de primários (66,4%), presos em flagrante (91,9%) e sozinhos (60,8%), sendo que 65,4% respondem somente por tráfico (art. 33, sem associação ou quadrilha), e 15,8% em

<sup>15</sup> Deve-se registrar que no caso do Rio de Janeiro todos os processos iniciados na Justiça Federal foram iniciados por flagrante no período analisado, segundo a pesquisa. Isso ajuda a romper com a impressão de que a Polícia Federal poderia priorizar as investigações em detrimento do que fazem as Polícias Civis e, mais do que isso, demonstra que o modelo altamente falho de repressão ao tráfico já está sedimentado em todos os níveis do sistema de justiça criminal.

concurso com associação. Destes, 14,1% foram condenados em concurso com posse de arma, sendo 83,9% do sexo masculino, e 71,1% dos casos presos com cocaína. Destes, 36,9% receberam penas acima de 5 anos de prisão.

Em Brasília-DF, o número de réus primários condenados é menor, ficando em 38%, sendo ainda um pouco inferior o percentual de presos em flagrante (83,5%), mantendo-se a prevalência de presos sozinhos em 60,5%. Na capital federal, 72,2% respondem somente por tráfico (sem associação ou quadrilha), e apenas 10,8% em concurso com associação. O percentual de condenados por tráfico de drogas em concurso com posse de armas é bastante inferior ao Rio de Janeiro (0,6%). Com relação ao sexo do acusado, 73,1% são do sexo masculino, sendo a maconha a droga mais encontrada (46,9% dos casos). No DF, 68,7% das sentenças se referem a quantidades de maconha inferiores a 100g, e em 50% dos casos, a quantidade de cocaína encontrada foi de até 106g. (BOITEAUX, 2009, p. 21)

Desta forma, pode-se inferir que a despenalização das condutas relativas ao consumo de drogas, em vez de promover um tratamento mais adequado dos usuários por meio de políticas de saúde pública, acabou por abrir espaço para um modelo de interpretação elástica que, ao que indica a pesquisa citada, classifica como traficantes pessoas que portavam drogas para consumo próprio. Contudo, uma das razões para tanto decorre do alto grau de discricionariedade concedido pela lei para diferenciar usuários e traficantes. De acordo com o artigo 28, § 2º, da Lei 11.343/2006 ,

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. (grifos nossos)

Desta forma, a lei reforça a tese de que, mais do que simplesmente a quantidade de substância proibida, importa quem é o agente, sua classe social, o local da apreensão. Afinal, uma mesma quantidade de droga apreendida na casa de uma pessoa de classe média e outra mais pauperizada poderá provocar um tratamento bem distinto, tese que pode ser confirmada pela prática policial. Neste sentido, Orlando Zaccone, delegado de polícia, transcreve sua experiência em sua dissertação de mestrado e mostra que

[...] um delegado do meu concurso, lotado na 14 DP (Leblon), autuou, em flagrante, dois jovens residentes na zona sul pela conduta descrita para usuário, porte de droga para uso próprio, por estarem transportando, em um veículo importado, 280 gramas de maconha [...], o que equivaleria a 280 “baseados” [...] o fato de os rapazes serem estudantes universitários e terem emprego fixo, além da folha de antecedentes criminais limpa, era indiciário de que o depoimento deles, segundo o qual traziam a droga para uso próprio, era pertinente (ZACCONE, 2007, p. 19-20)

Mais do que isso, a partir dos dados coletados, Zaccone (2007, p. 166-117) afirma que a grande maioria dos presos por crime de tráfico de drogas, quando realmente envolvidos com este comércio, não passam de varejistas (“aviões”, “esticas”, “mulas”) e que menos de 10% deles portavam arma de fogo, sendo, portanto, um instrumento de criminalização da pobreza, a exemplo do que apontou a pesquisa de Boiteaux (2009).

De um modo geral, dentre outras coisas estes dados demonstram como o sistema de justiça criminal, agindo nos subterrâneos interpretativos, conseguiu inverter a lógica inscrita nos dispositivos de lei para cumprir um papel de agente dos processos de encarceramento em massa, descritos por Wacquant e aqui consignados. Deste modo, as políticas de combate ao tráfico de drogas se tornaram o principal dispositivo desta política de aprisionamento massivo instalada no Brasil, a exemplo do que vem acontecendo globalmente.

Os discursos conservadores de tolerância zero e expansão da punição alcançaram, no país, sua expressão mais profunda com as políticas de guerra às drogas. Com isto, transformou-se a economia política do crime na era neoliberal, não apenas em uma estratégia de controle da oferta e demanda do crime, como dizia Foucault (2008), mas em um controle biopolítico sobre as populações pauperizadas por meio de instrumentos como o hiperencarceramento.

No Brasil, a “guerra contra as drogas” é o carro-chefe da criminalização da pobreza, através dos discursos de lei e ordem disseminados pelo pânico. Bala perdida, roubo de veículos, queima de ônibus e até o comércio de produtos por camelos são diferentes práticas ilícitas imputadas aos “traficantes”, que passam a constituir “uma categoria fantasmática, uma categoria policial que migrou para a academia,

para a psicologia e que não tem cara, não é mais humana. É uma coisa do mal” (ZACCONE, 2007, p. 115).

Neste sentido, mecanismos como a interpretação dada ao art 28, § 2º, da Lei 11.343/2006 são mobilizados pelo sistema de justiça criminal para atribuir forma de lei para o processo de criminalização da pobreza que não poderia ser empreendido sob bases constitucionais.

Todavia, para além disso, estes elementos destacam como a participação ativa do Poder Judiciário e Ministério Público é fundamental para a manutenção do controle biopolítico sobre a pobreza. Afinal, sem as suas chancelas, as prisões em flagrante não seriam convertidas em prisões preventivas, os usuários ou pequenos varejistas de drogas não seriam tratados da mesma maneira que traficantes e, até mesmo, poderia ser discutida a constitucionalidade de tal modelo de repressão penal. Porém, o que se infere é que grande parte dos juízes de direito e promotores de justiça assumem para si este discurso de lei e ordem amparado em certo pânico moral para atribuir ao tráfico e ao traficante a responsabilidade de todas as mazelas sociais, sobretudo no campo da segurança pública.

Para demonstrar tal afirmação, vale resgatar uma recente pesquisa por nós realizada que investigou as decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo em de pedidos de *habeas corpus* que visavam a revogação de prisões preventivas (RIBEIRO JÚNIOR, LEMOS, 2015). Neste trabalho, foram analisados os acórdãos proferidos em sede de *habeas corpus* que visavam a revogação de prisões preventivas no período de julho a dezembro de 2013. Ao final, chegamos a 663 acórdãos de um total de 681, após termos excluídos os julgamentos de *habeas corpus* com análise prejudicada, não conhecidos por supressão de instância ou reiteração do pedido, cujo inteiro teor não estava disponível por erro de alimentação no sistema e aqueles impetrados com vistas garantir a progressão de regime.

Com relação aos dados gerais, identificamos que a taxa de indeferimento dos *habeas corpus* foi de 82%, correspondendo a 544 casos do total de 663. Isolando apenas a Segunda Câmara criminal, o percentual de indeferimento foi de 91,3 %, com apenas 24 casos de concessão de liberdade em 276 acórdãos proferidos por esta câmara no semestre em análise.

Ademais, 98% de todos os julgamentos foram por unanimidade, sendo apenas 10 julgamentos por maioria no período. Tal realidade

configura um nítido desvirtuamento da ideia de colegialidade, que presa para que o julgamento em segunda instância seja coletivo, realizado pela somatória de votos dos desembargadores competentes. Algo que se comprova ao perceber-se que todos estas 663 decisões foram proferidas em apenas 24 sessões de julgamento, chegando a 53 *habeas corpus* analisados em um só dia.

Todavia, algo que se destacou foi o fato de que dentre todos os tipos penais mencionados nos casos levados a julgamento no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, os dois mais recorrentes são aqueles relacionados à Lei de Drogas, quais sejam, tráfico de drogas (art. 33) e associação para o tráfico (art. 35). Somente estes dois tipos penais foram mencionados 400 vezes nos casos analisados<sup>16</sup>. Considerando todos os tipos penais encontrados nos acórdãos em análise, o crime de tráfico é mencionado em 261 casos e associação para o tráfico em 139, correspondendo a 39,3% e 20,9% de todos os que foram objeto de análise nos acórdãos. Em suma, os crimes de drogas corresponderam a 60,2% de todos aqueles mencionados nos julgados.

Obviamente, a quantidade de ocorrências é um indicativo muito maior da ação das polícias na priorização destes delitos frente todos os outros, do que da própria ação do Tribunal de Justiça. Por outro lado, a forma como estes delitos são julgados em comparação com os outros demonstra que os desembargadores apenas reforçam a estratégia criminalizante iniciada pela base do sistema de justiça criminal. Assim, além de serem os tipos penais com maior ocorrência, os crimes da Lei de Drogas são aqueles que apresentam as maiores taxas de denegação de *habeas corpus*, sendo de 90,4% para o crime de tráfico de drogas e de 92,8% para o crime de associação para o tráfico.

Em outras palavras, a chance de ter a prisão provisória revogada quando a acusação envolve estes delitos no Tribunal de Justiça do Espírito Santo é de apenas 8,4%, na média combinada dos artigos 33 e 35. Nestes casos, apenas o crime de homicídio qualificado apresenta um índice tão alto de denegação da ordem quanto o de tráfico de drogas, apresentando uma rejeição de 90,5% – ainda que seja importante destacar que foram apenas 85 casos em que o crime de homicídio qualificado foi mencionados.

<sup>16</sup> Deve-se ressaltar que em 214 casos os acórdãos se referiam à prática de mais de um delito ao mesmo tempo.

Outro dado encontrado foi o de decisões que se baseavam apenas no que a doutrina penal chama de “gravidade abstrata do crime”, ou seja, na ideia de que determinados crimes são graves ou perigosos em si mesmos, independentemente da conduta do agente. No total foram identificados 123 acórdãos denegados com base na gravidade abstrata do crime. Destes, 58,5% se referiam ao tráfico de drogas, 31,7% à associação para o tráfico, 13,8% à homicídio qualificado e 5,6% a roubo qualificado.

Deste modo, é possível verificar que os crimes da Lei de Drogas são tidos, em um grande número de casos, como crimes graves em si mesmos, sem considerar se a conduta do agente foi violenta ou não. O simples ato de compra e venda de substâncias ilícitas é tomado pelos desembargadores como a raiz de muitos dos males da sociedade. Isso fica mais claro quando destacamos passagens dos acórdãos como as que seguem (RIBEIRO JÚNIOR, LEMOS, 2015):

“(…) vale dizer que o crime de tráfico de drogas, bem como de associação, vêm se tornando prática corriqueira, gerando, inclusive, diversos outros ilícitos penais graves, produzindo intranquilidade e insegurança na população, de modo que a prisão cautelar é necessária para não gerar o sentimento de impunidade na sociedade.”

“Diante da necessidade de resguardarmos a população do grande mal das drogas, que vem se alastrando a cada dia, tenho que a custódia do iniciado ainda é necessária para a garantia da ordem pública e da paz social.”

“Ademais, importante trazer à baila que, as consequências trágicas da droga tem causado grande revolta na sociedade Ecoporanguense, que se sente a mercê da criminalidade. Por tais razões, caso fosse concedida a liberdade provisória para o denunciado, iria, sem dúvidas, trazer à sociedade, um sentimento de impunidade, com o conseqüente descrédito à justiça.”

“A liberdade do paciente gerará um descrédito social na ação da justiça, abalando o prestígio e a segurança da atividade jurisdicional.”

Estes dados demonstram que há um tratamento diferenciado por parte do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, para pior, com os

crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico de drogas, o que sustenta a hipótese aqui levantada de que o Poder Judiciário e o Ministério Público se tornaram os principais artífices da política de encarceramento em massa que decorre da política de guerra às drogas e do pânico moral dela decorrente.

## Referências

ARBEX JUNIOR, J.; TOGNOLI, C. J. **O século do crime**. São Paulo: Ed. Boitempo, 1996.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

BECKER, Howard. **Outsiders**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BOITEAUX, Luciana. Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 11, n. 94, 1-29, jun/set 2009, publicação quadrimestral da Presidência da República

DÓRIA, Rodrigues. Os fumadores de maconha: Efeitos e males do vício. In: HENMAN, A.; PESSOA JUNIOR, O. (org.). **Diamba Sarabamba**: coletânea de textos brasileiros sobre a maconha. São Paulo: Ed. Ground, 1986.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Ed. Vozes, 1979.

KEDOUK, Márcia. **Prato sujo**: Como a Indústria manipula os alimentos para viciar você. São Paulo: Ed. Abril, 2013.

LABROUSSE, Alain. **Geopolítica das drogas**. São Paulo: Ed. Desatino, 2010.

MISSE, Michel, *et. al.* **Quando a polícia mata**: homicídios por “autos de resistência” no Rio de Janeiro (2001-2011). Rio de Janeiro: Booklink, 2013.

ROBIN, Marie-Monique. **O mundo segundo a Monsanto**. São Paulo: Radical Livros, 2008.

RODRIGUES, Thiago M. S. **Narcotráfico**: uma guerra na guerra. São Paulo: Ed. Desatino, 2003.

ROSA, Pablo O. **Drogas e a governamentalidade neoliberal**: Uma Genealogia da Redução de Danos. Florianópolis: Ed. Insular, 2014.

SUTHERLAND, Edwin. **Crime de colarinho branco**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2015.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]. 3 ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZACCONE, Orlando. **Indignos de vida**: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

# Experiências femininas, tráfico de drogas e redução de danos:

A violência de gênero como fundamento  
para o reconhecimento da co-culpabilidade  
como atenuante de pena

7

Soraia da Rosa Mendes<sup>2</sup>

## 1. Introdução: as premissas epistemológicas desde uma criminologia feminista

Ao longo da história, sob a égide de antagônicos paradigmas, foram construídos diferentes discursos sobre as mulheres em relação ao poder punitivo. Discursos que, utilizando a definição de Marilena Chauí (2007), podemos chamar de “discursos competentes” posto serem proferidos, ouvidos e aceitos como “verdadeiros” ou “autorizados” a ponto de confundirem-se com a linguagem institucionalmente permitida ou autorizada. Discursos para os quais os interlocutores já foram previamente reconhecidos como tendo o direito de falar e

<sup>1</sup> Este capítulo integra uma série de três trabalhos nos quais são apresentadas reflexões sobre alternativas de desencarceramento de mulheres condenadas por tráfico de drogas no Brasil e que tratam: um, do reconhecimento do direito fundamental das mulheres à proteção contra a violência de gênero e a aplicação do princípio da co-culpabilidade como atenuante genérica em casos de tráfico de drogas (artigo publicado na Revista Direito Público (Porto Alegre), v. 12, p. 89-103, 2016, e que aqui é parcialmente reproduzido); dois, do reconhecimento da coação moral nos casos envolvendo o tráfico de drogas no momento de visitação por mulheres no sistema prisional (no prelo); e, três, da concessão de indulto a mulheres condenadas a penas inferiores à oito anos de reclusão, com filhos menores de dezoito anos, cumprido um sexto de pena.

<sup>2</sup> Doutora em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília – UnB. Mestre em Ciência Política, Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Professora do PPG Mestrado em Direito “Constituição e Sociedade” do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Pesquisadora líder do Grupo de Pesquisa Sistema Penal e Garantias Fundamentais – IDP/CNPq. Email: professorasoraiaadrosamendes@gmail.com

ouvir, e os lugares e as circunstâncias já foram predeterminados para que fosse permitido falar e ouvir. Enfim, onde o conteúdo e a forma já foram autorizados segundo os cânones de sua própria competência (CHAUÍ, 2007, p. 19).

Em minha perspectiva toda(s) a(s) “criminologia(s)” construíram discursos competentes. Isto é, discursos do conhecimento, inspirados numa parcial realidade dos fatos. De fato, lançando as luzes sobre as narrativas criminológicas sobre as mulheres por eles construídas, é perceptível que, por exemplo, por mais que a questão da subordinação de classe, tal como afirmado pela vertente da criminologia crítica, esteja mascarada no discurso científico da criminologia tradicional, a própria narrativa crítica não deixa de ser um discurso instituído, ou da ciência institucionalizada. E que, como discurso instituído, também dissimule, sob o manto da crítica, a existência da real dominação sobre as mulheres (CHAUÍ, 2007, p. 23).

Sob esta mirada, dentro da seara criminal, o rechaço às peculiaridades das diferenças de gênero tem como um de seus mais nefastos efeitos a sedimentação das desigualdades construídas historicamente entre mulheres e homens. Como bem diz Elaine Pimentel, a criminalidade feminina, tal como a violência doméstica, são alguns recortes que devem ser estudados à luz de tendências teóricas voltadas tanto para os aspectos estruturais quanto para as dimensões subjetivas que fazem do crime um fenômeno plural.

Ou seja, é preciso levar em consideração que espaços como a família, por exemplo, quase sempre relegados como se fossem formas menores de exercício do poder, precisam ser tomados desde uma outra perspectiva; e que desconsiderar tais aspectos representa uma “grave ameaça à compreensão da dinâmica da própria criminalidade e tende a agravar a lacuna de estudos sobre o crime feminino” (PIMENTEL, 2002, p. 7).

Conforme Lola A. Castro (2010, p. 70), reduzir a opressão às condições materiais de vida, ao funcionamento das instituições ou às ideologias foi (e é afirmo eu) um erro. As repressões se estendem a todas as instâncias, a todos os níveis, incluindo os da vida sexual e afetiva. Como nos ensina a professora venezuelana, é chegado o momento de também lançar luzes sobre os poderes que se ocultam na intimidade, pois estes são ainda mais arbitrários e incontroláveis.

Eis aqui o espaço para compreender-se que mais do que sujeitas a controles dicotomicamente categorizados como informais ou for-

mais, as mulheres são custodiadas por um sistema repressivo que não encontra solução de continuidade (da família ao sistema de justiça criminal), posto que tão somente muda a forma da ação, mas não o critério que a determina em seus diferentes momentos.

A custódia das mulheres vem a ser, assim, o conjunto de mecanismos consistente em tudo o quanto se faz para reprimi-las, vigia-las e encerra-las – seja em casa ou em instituições totais –, mediante o exercício de poder pelo Estado, pela sociedade, de forma geral, e pela família (MENDES, 2014). E reconhece-la, como uma articulação fundada no gênero, construída e alimentada ao longo da história, é o que possibilita construir *um* pensamento criminológico que tenha neste, enquanto relação de poder, o elemento fundamental a definir o que, e quem, está dentro e fora do sistema de justiça criminal.

As crenças e os comportamentos culturais das pesquisadoras feministas modelam os resultados de suas análises, na medida em que somos seres políticos, históricos e culturalmente situados; o que em nada desmerece epistemológica e/ou metodologicamente o que pesquisamos e as conclusões a que chegamos.

Na linha do que afirma Sandra Harding (2002, p. 23), devemos evitar a posição ‘objetivista’, própria dos pesquisadores sexistas e androcêntricos, que manipulam as crenças e práticas do objeto de investigação para poder expô-lo ao mesmo tempo em pretendem ocultar suas próprias crenças e práticas culturais.

Sob o prisma epistemológico do *standpoint*<sup>3</sup>, a assunção do paradigma feminista significa uma subversão da forma de produzir conhecimento, até então dado sob parâmetros epistemológicos distanciados das experiências das mulheres, e da compreensão do sistema sexo-gênero.

Adotar o ponto de vista feminista significa um giro epistemológico, que exige partir da realidade vivida pelas mulheres dentro e fora do sistema de justiça criminal. Não se pode afirmar que a desigualdade social explique preponderantemente causas do envolvimento de mulheres no crime de tráfico de drogas, pois, como será demonstrado

<sup>3</sup> Os estudos epistêmico-metodológicos feministas, embora compartilhem das mesmas críticas à ciência tradicional, não podem ser considerados como um bloco único. Neste sentido, existem diferentes categorias nas quais eles podem ser classificados. Em síntese, nos dizeres de Sandra Harding (2002), seriam basicamente três grandes campos epistemológicos: o empirismo feminista, o ponto de vista feminista (ou *standpoint*) e o feminismo pós-moderno.

pela pesquisa realizada, o entorno que influencia a autodeterminação do sujeito feminino é marcado por espécies de violência muito específicas que se prolongam da família, da sociedade até o sistema de justiça criminal.

Para as mulheres a seletividade é de classe, é de raça, mas é sobretudo, de gênero.<sup>4</sup> Entretanto, para compreender como se dá este processo é necessário saber o que pensam as mulheres sobre os comportamentos socialmente negativos praticados contra elas pelos homens (FACIO, 1995, p. 65), e, com isso, penetrar na lógica das contradições que a realidade social apresenta, apreender as necessidades dos indivíduos e da comunidade no seu sentido historicamente determinado, e orientar a ação visando a superação dessas contradições e a satisfação dessas necessidades. Para que não se deixe de fora a realidade das mulheres, ou seja, para que não se produza uma análise sexista, é preciso que se incluam conceitos, análises, valores e técnicas de coleta de informação que tenham o gênero em consideração em suas diferentes dimensões.

No Brasil a população carcerária composta por mulheres cresceu 567% nos últimos 15 anos, passando de 5.601 para 37.380 detentas; destas 67% são negras; 80% são mães; na maioria de mais de dois filhos;

<sup>4</sup> Alessandro Baratta (1999, p. 23) afirmava que a aplicação do paradigma de gênero é uma condição necessária para o sucesso da luta emancipatória das mulheres no campo da ciência e da política do direito. Por outro lado, sustentava que uma criminologia feminista somente poderia desenvolver-se, de modo oportuno, na perspectiva epistemológica da criminologia crítica (BARATTA, 1999, p. 39). Desde a perspectiva aqui adotada, de outro lado, a criminologia crítica somente poderá sobreviver na perspectiva epistemológica de uma criminologia feminista (MENDES, 2014, p. 163).

Tomando como ponto de partida as categorias de sexismo formuladas por Margrit Eichler, é possível perceber que a criminologia crítica, no mais das vezes, cai nas armadilhas da sobre-generalização, da sobre-especificação e do familismo. De fato, conforme Alda Facio, quando os criminólogos críticos falam de adotar o ponto de vista das classes marginalizadas, estão falando de adotar o ponto de vista dos homens das classes marginalizadas. Segundo a autora (1995, p. 63), “Mesmo as teorias sobre o controle social que são escritas a partir dos ‘marginalizados’, não fazem referência às mais marginalizadas dos marginalizados por classe, etnia, idade, preferência sexual, deficiência visível, etc., e mulheres dessa mesma classe, setor ou grupo discriminado, contribuindo assim à marginalização e silenciamento às mulheres desses grupos, mas, pior ainda, contradizendo seus próprios princípios de partir do ponto de vista do marginalizado e, por fim, caindo no erro de não ver a totalidade da realidade.”

e grande parte delas está presa pelo tráfico de ínfimas quantidades de drogas; crime, como sabido, praticado sem violência ou grave ameaça.

São 68% as mulheres presas por envolvimento com o tráfico, na maioria esmagadora não ligadas a organizações criminosas. Em verdade, ocupantes de posições coadjuvantes no crime, que se referem a serviços de transporte ou de pequeno comércio, muitas pela necessidade de sustentar suas próprias famílias.

Não é exagero dizer: a guerra às drogas é uma guerra contra as mulheres.

Ante este quadro, ancorada em pesquisa empírica realizada, desde uma perspectiva criminológica feminista, entre os anos de 2014 e 2015 com mulheres que se encontram sob custódia na Penitenciária Feminina da capital brasileira (conhecida como Colmeia) meu objetivo com este texto é encontrar o ponto onde as experiências femininas com o crime e a violência confluem de modo a contribuir para seu processo de criminalização; e, com isso, refletir sobre alternativas tendentes ao desencarceramento feminino, dentre as quais está, como aqui apresento, o reconhecimento da violência de gênero como elemento de co-culpabilidade passível de ensejar a redução de pena em uma perspectiva política de redução de danos.

## 2. Entre o crime e a violência de gênero: as experiências femininas nas tramas do tráfico de drogas

Toda a atividade social, incluída a produção científica, tem como tração o sistema de gênero. De modo que é possível tomar gênero como uma ferramenta analítica, ou a categoria teórica, da epistemologia feminista que permite compreender como a divisão da experiência social tende a dar a homens e mulheres concepções diferentes deles/as próprios/as, de suas atividades e crenças, e do mundo que as/os cerca (HARDING, 1996, p. 29).

Especificamente no que toca à prisão de mulheres por tráfico de drogas, minha hipótese era a de que a função selecionadora do sistema penal opera de modo a encarcerar as mulheres mais pobres, em sua maioria afrodescendentes, o que não invalida, por outro lado, que o discurso de aplicação da norma esteja baseado em uma série de sujeições determinadas pelo sistema sexo-gênero e que estas, portanto, sejam também determinantes para o encarceramento feminino.



Neste sentido, o problema posto era de verificar se a violência de gênero constituiria um fator determinante a ser considerado em situações envolvendo o encarceramento de mulheres por tráfico de drogas. E, em busca de tal resposta foi realizada uma pesquisa de campo que envolveu duas fases distintas.

Na primeira houve a aplicação de um questionário ao conjunto das 324 mulheres que, em julho de 2014, encontravam-se cumprindo pena na Penitenciária Feminina do Distrito Federal; e, na segunda, a realização de entrevistas em profundidade com dezessete detentas, escolhidas no universo de 64 que responderam ao questionário e que lá declararam que i. sua condenação era exclusivamente por tráfico de drogas e, ii) que já haviam sofrido alguma espécie de violência de gênero.

De uma forma geral, quando analisamos as condenações por delito, ficou evidente o protagonismo do tráfico de drogas na vida dessas mulheres. Embora muitas tenham sido condenadas por mais de um crime, a incidência do tráfico dentre as 64 mulheres que responderam ao questionário chegou a cinquenta e uma das condenadas.

Já os motivos para a condenação variaram entre as que tentaram entrar (ou efetivamente entraram) com drogas em estabelecimentos prisionais (destas um total de oito assim declararam); as que foram condenadas pela venda ou tentativa de drogas em local público (dezoito no total); uma condenada por tráfico internacional; e vinte e seis por outras espécies de envolvimento com drogas.

No que toca a violência de gênero, encontramos alguns padrões de respostas que demonstram diferentes formas de compreensão da violência pelas mulheres.

Para exemplificar, não obstante, 23,4% terem assinalado nunca terem sofrido alguma forma de violência de gênero, dentre estas mesmas pesquisadas treze afirmaram ter sofrido violência moral quando a pergunta foi se já havia sido agredida com xingamentos, palavrões ou outra forma de ofensa verbal por seu companheiro, namorado ou marido; outras seis terem sido vítimas de violência física e sexual, quando as alternativas a serem marcadas perguntavam sobre tapas, bofetões, pontapés ou outra forma de agressão física por seu companheiro, namorado ou marido, e sobre se alguma teve de fazer sexo com o companheiro, namorado ou marido após sentir-se agredida seja por ofensas físicas, seja por ofensas verbais.

Nos relatos das 16 presas, ao serem indagadas se em algum momento se consideravam traficantes, todas disseram que não, ao mesmo

tempo em que também todas demonstravam sinais de vulnerabilidades desde a infância, de vidas construídas em ambientes periféricos, com grande influência do tráfico de drogas e violência.

Das 16 mulheres que participaram da entrevista, 11 afirmaram terem sido vítimas de violência de gênero, representando o número de 68,75%. As agressões iam desde violência psicológica, passando para violência física e sexual, e até tentativas de homicídio. À época das entrevistas, as detentas tinham idades entre 20 e 39 anos, e apenas uma delas tinha o Ensino Fundamental completo.

Alguns relatos são bem marcantes, valendo destacar dois deles. O primeiro de *Vanusa*.

*Mãe de duas filhas. Natural de Foz do Iguaçu, no Paraná. Vítima de violência doméstica de parte do marido separou-se deste levando consigo as duas crianças, que também eram vítimas de violência do pai. Separada e desempregada conseguiu autorização para permanecer somente alguns dias com sua mãe até que encontrasse um emprego. Sem experiência ou formação não conseguiu nenhuma ocupação. Aceitou, então, R\$ 500,00 (quinhentos reais) para levar uma quantidade (não informada por ela) de drogas até o estado de São Paulo. Foi presa em Brasília. Condenada há sete anos de reclusão. Não tem notícias das filhas, nem contato com qualquer familiar. Sabe somente que as meninas estão com o pai agressor. Desespera-se durante a entrevista.*

O segundo de *Eliana*.

*Mãe de oito filhos. O marido estava preso dada a condenação como incurso nas penas da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), por agredi-la. Eliana contou que já havia denunciado o marido várias vezes, porém “retirava a queixa” sempre que ele dizia que não seria mais agressivo. Disse que o companheiro era muito ciumento, sendo constante a violência psicológica e física, desde tapas, chutes e murros; até uma tentativa de homicídio contra a companheira, ao tentar eletrocutá-la em um banheiro. Eliana resolveu finalmente denunciar o companheiro quando seu filho de 13 anos uma vez lhe indagou sobre as agressões: “Mãe, até quando vamos viver nessa vida?”. Depois disso, Eliana registrou ocorrência policial e não retirou a representação, motivo pelo qual ele se encontrava preso na época da entrevista. Com a prisão do marido, única responsável pelo sustento dos filhos, o tráfico foi a alternativa encontrada.*

Não há que se falar em uma suposta busca por “independência financeira” ou “empoderamento” dessas mulheres pelos caminhos do tráfico, embora também não seja correto desconsiderar que pontualmente que existam, como apontam alguns estudos. Contudo, tendo em vista a capacidade encarceradora e destruidora da política

proibicionista, o ingresso e permanência nas tramas do tráfico não representam nenhuma vantagem para essas mulheres, na maioria negras (pretas e pardas) e pobres.

O tempo e o espaço deste texto não permitem que sejam trazidos todos os dados obtidos na pesquisa<sup>5</sup>. Contudo, considerando a análise produzida na segunda fase da investigação, quando foram realizadas as entrevistas, foi possível concluir que, como percebeu-se pelos relatos exemplificativos acima transcritos, as internas apontam as necessidades materiais inerentes ao cotidiano do núcleo familiar que não envolvem necessariamente o relacionamento afetivo com o companheiro, mas sobretudo o cuidado com os filhos e filhas; que o tráfico, enquanto uma prática mercadológica, não lhes retira o peso do papel de cuidadoras; e que, por fim, a necessidade de desempenhar esse papel alinhado, ao histórico de violência é, no mais das vezes, marcante para o ingresso e permanência no tráfico.

É com base nesta realidade que desejo pensar alternativas ao desencarceramento.

### 3. O reconhecimento da co-culpabilidade como atenuante genérica em casos de tráfico de drogas: um exemplo de redução de danos

Segundo Zaffaroni todo indivíduo age em um dado contexto dentro de um âmbito de autodeterminação também pré-determinado. Em suas palavras (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2009, p. 610-611):

Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas

<sup>5</sup> Dezesete mulheres condenadas por tráfico de drogas concordaram em conceder entrevista ao grupo, no dia 07 de outubro de 2014. As pesquisadoras foram orientadas acerca da leitura de termo de consentimento livre e esclarecido para as detentas, em que foram expostos os termos do trabalho e que a participação seria voluntária. Lidos os termos, apenas uma das 17 mulheres disse que não queria responder as perguntas. Comunicou que não se considerava traficante, e caso fosse falar o que pensava sobre isso, iria muito fundo, e não se sentiria bem. Assim, Patrícia decidiu que não participar.

sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma 'co-culpabilidade', com a qual a própria sociedade deve arcar.

Neste sentido o Estado só teria o direito de punir alguém com a aplicação de pena, caso oferecesse a satisfação mínima dos direitos fundamentais estabelecidos na Carta Magna. Por consequência, comprovada a inadimplência estatal para com suas obrigações, quanto à garantia das condições mínimas de subsistência para que um ser humano possa viver com um mínimo de dignidade, será injusto puni-lo com a mesma intensidade que se pune alguém que vive em melhores condições sociais e econômicas.

Assim como a sociedade de certa forma também seria culpada, por não oferecer a todos as mesmas oportunidades, pois como afirma Salo de Carvalho (2008, p. 75) também o entorno social

deve ser levado em consideração na aplicação da pena, desde que, no caso concreto, o magistrado identifique uma relação razoável entre a omissão estatal em disponibilizar ao indivíduo mecanismos de potencializar suas capacidades e o fato danoso por ele cometido. O postulado é decorrência lógica de implementação, em nosso país, pela Constituição de 1988, do Estado Democrático de Direito, plus normativo ao Estado Social que estabelece instrumentos de satisfação dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Caminhando ainda mais adiante, para Carvalho (2008, p. 75), o juiz não somente deve analisar a situação econômica do réu ou da ré, mas também sua formação intelectual, tendo em vista ser este um critério de averiguação de sua autodeterminação.

Trazendo essa concepção para o âmbito do processo de responsabilização penal feminino é de se notar que, tal como mencionado acima, a ideologia em relação à mulher sempre foi a de custodiá-la, ou seja, de reprimi-la, vigiá-la e encarcerá-la – no público e no privado –, mediante mecanismos de exercício de poder do Estado, da sociedade, de forma geral, e da família (MENDES, 2014, p. 213). De modo que é inadequado analisar o processos de criminalização das mulheres sem que se considere crenças, condutas, atitudes e modelos culturais que a estas sujeitam.

Na linha do que propõe Zaffaroni é injusto reprovar com a mesma intensidade indivíduos que ocupam papéis sociais diferentes no âmbito da sociedade, principalmente economicamente, uma vez que causaria uma afronta direta ao princípio da igualdade.

Nesse contexto, é preciso que o magistrado quando da aplicação da pena analise mais do que as circunstâncias encapsuláveis no tipo penal, mas aquelas que influenciaram a prática do crime.

Nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal de 1988 compete ao Estado assegurar a assistência à família mediante mecanismos que coibam a violência no âmbito de suas relações. E a Lei 11.340/06 é o tipo normativo que reconhece a violência doméstica e familiar contra a mulher como impeditivo ao exercício efetivo, dentre outros, dos direitos à vida, à segurança, ao acesso à justiça, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Assim, o Estado não é somente responsável pela satisfação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Existem direitos que se conformam a partir das especificidades femininas. Seja para garantir autonomia, seja para coibir a violência patriarcal.

Em termos conceituais, juridicamente a dignidade da pessoa humana deve abranger (embora a isso não se restrinja) a vedação da coisificação, bem como destacar sua dupla perspectiva ontológica e instrumental, compreendendo a dimensão negativa (defensiva) e a positiva (prestacional). Na definição do Sarlet (2001, p. 23), a dignidade da pessoa humana define-se como:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Neste contexto, “a dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana, bem como da necessidade de sua proteção” (SARLET, 2001, p. 28).

Na lição de Ferrajoli (2011, p. 105) em resposta ao questionamento “Mas o que é que garante a dignidade da pessoa?” esta garantia reside nos direitos fundamentais que asseguram o respeito da sua identidade como pessoa. Respeito este que reclama tanto os direitos de liberdade, quanto os direitos sociais.

Temos assim, como garantia da qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, por um lado, os direitos de liberdade como todos os direitos à afirmação, à tutela e à valorização de todas as diferenças de identidade que fazem de homens e mulheres igualmente merecedores/as do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade e que implica toda uma gama de direitos e deveres fundamentais.

Por outro lado, os direitos sociais, o direito à sobrevivência (saúde, educação, alimentação, entre outros), que são todos direitos a redução das desigualdades nas condições de vida, as quais, segundo Ferrajoli (2011, p. 105) dizem respeito não à só à identidade, mas às discriminações ou disparidades de caráter econômico ou social.

Todos os direitos fundamentais são (e se justificam enquanto), como ensina Ferrajoli, leis dos mais fracos em alternativa às leis dos mais fortes que vigorariam na sua ausência<sup>6</sup>. E, nesta ordem de ideias, em primeiro lugar estará o direito à vida, contra a lei de quem é mais forte fisicamente; em segundo lugar, os direitos de imunidade e de liberdade, contra a lei de quem é mais forte politicamente; em terceiro lugar, os direitos sociais que são os direitos à sobrevivência, contra a lei de quem é mais forte social e economicamente. Como diz Ferrajoli (2011, p. 107), é exatamente

(...) porque os direitos fundamentais são sempre leis dos mais fracos contra a lei dos mais fortes, esses valem, como direitos do indivíduo para proteger as pessoas também – e acima de tudo – contra as suas culturas e até mesmo contra suas famílias: a mulher contra o pai e o marido, o menor contra os pais, e, em geral, os oprimidos contra suas culturas opressivas.

E é neste sentido, sob a perspectiva feminista, e o direito à proteção contra a violência de gênero se coloca como vetor estruturante a

<sup>6</sup> Importa frisar que Ferrajoli erige o papel dos direitos fundamentais enquanto *lei dos mais fracos* como um dos critérios para determinar quais direitos devem ser garantidos como fundamentais.

partir dos qual devem ser deduzidos os limites de atuação do direito penal não só no momento do estabelecimento de novos tipos penais (ou a reformulação destes), mas também, no momento do discurso de aplicação da norma penal a quem sofre com violações que não deixam de ser uma responsabilidade estatal e da sociedade como um todo.

O reconhecimento dos direitos fundamentais de um modo geral é uma exigência da dignidade da pessoa humana que impõe ao Estado um dever maior do que o de meramente abster-se de afetar, de modo desproporcional e desarrazoado, a esfera patrimonial das pessoas sob a sua autoridade. São exigíveis do Estado, também, ações positivas no sentido de assegurar a dignidade humana. E, dentre estas ações está o dever proteção que outorga ao indivíduo o correspondente direito de exigir do Estado que este o proteja (ALEXY, 2002).

São variados os modos de realização desta proteção. Segundo Alexy (2002) a ação protetiva estatal pode concretizar-se tanto por meio de normas penais, de normas procedimentais, de atos administrativos ou até mesmo por uma atuação concreta dos poderes públicos. De um modo geral, incumbe ao Estado zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos indivíduos, não somente contra ingerências indevidas de parte dos poderes públicos, mas também contra agressões provenientes de particulares. E toda essa esfera protetiva toma especial relevo quando se trata de definir o que se deve exigir do Estado para que proteja a mulher vítima, réu ou condenada.

Registre-se que o princípio da co-culpabilidade já faz parte do ordenamento jurídico em vários países por entender a sua importância na aplicação da pena quando se trata de pessoas altamente excluídas da sociedade e até mesmo invisíveis perante todos. Desse modo, Carvalho aponta que:

a tradição penal latino-americana é rica no que diz respeito a normatização do princípio da co-culpabilidade como circunstância atenuante da pena. O código Penal Colombiano, em seu art. 64, determina a atenuação da pena em face da indulgência. O mesmo ocorre na Argentina (art. 41), quanto a maior ou menor dificuldade do autor para prover seu sustento ou de familiares; na Bolívia (art. 38), quando trata da situação econômica e social do réu; no Equador (art. 29), no momento em que refere à indigência, família numerosa e à falta de trabalho do imputado; no México (art. 52) e Peru (art. 51) há enumeração das condições econômicas

do agente; no Paraguai (art. 30) vincula-se a conduta do indivíduo ao seu estado de miserabilidade. Nestas situações, costuma-se dizer que há uma co-culpabilidade com a qual a própria sociedade deve arcar.

Não obstante, aqui no Brasil em nosso ordenamento jurídico não há expressamente a atenuação da pena decorrente da precariedade econômica do/a agente em prover o seu sustento com dignidade, mas traz a possibilidade da inserção do princípio da co-culpabilidade no art. 66 do Código Penal, às chamadas atenuantes inominadas. Nesse mesmo sentido, aduz Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho (2009, p. 74-75) que:

(...) a precária situação econômica do imputado deve ser priorizada como circunstância atenuante obrigatória no momento da cominação da pena. Apesar de não estar prevista no rol de circunstâncias atenuantes do art. 65 do Código Penal brasileiro, a norma do art. 66 possibilita a recepção do princípio da co-culpabilidade, pois demonstra o caráter não taxativo das causas de atenuação. O Código Penal, ao permitir a diminuição da pena em razão de "circunstância relevante" anterior ou posterior ao crime, embora não prevista em lei, já fornece um mecanismo para a implementação deste instrumento de igualização e justiça social.

Ora, ante a realidade vivida por, pelo que se pode deduzir, no mínimo, mais de cinquenta por cento das mulheres encarceradas em nosso país (no caso da pesquisa acima apresentada especificamente por tráfico de drogas) de que a co-culpabilidade reverta-se em uma redução de pena nestes casos?

Em verdade? Nada obsta.

#### **4. Considerações finais: as drogas, a sanha punitiva e uma política criminal androcêntrica**

Como dizem Saffioti e Almeida (1995, p. 23) o gênero, assim como a classe social e a raça/etnia, condiciona a percepção do mundo circundante e o pensamento. Funciona, assim, como um crivo através do qual o mundo é apreendido pelo sujeito. E também, como dizem as pensadoras, não se trata de reduzir tudo ao gênero, mas de afirmar que ele, assim como a raça/etnia e a classe social, são fundantes das relações sociais.

É neste contexto que compreendo que a sanha punitiva expressa no atual tratamento dispensado ao crime de tráfico de drogas no que diz respeito, especialmente, às mulheres é o início, o meio e o fim de uma política criminal androcêntrica que desconsidera a condição de vulnerabilidade em razão do gênero, em particular, da violência com esta característica.

De fato, repito, a guerra às drogas é uma guerra contra as mulheres. Não é à toa que praticamente sessenta por cento do sistema carcerário brasileiro feminino seja composto por envolvidas com o tráfico de entorpecentes e que a população carcerária feminina tenha crescido 567% nos últimos 15 anos, passando de 5.601 para 37.380 detentas.

A redução drástica das penas aplicadas às mulheres envolvidas com/no tráfico de drogas é medida de caráter urgente. E, por isso entendendo que (i) o reconhecimento do direito fundamental das mulheres à proteção contra a violência de gênero e a aplicação do princípio da co-culpabilidade como atenuante genérica em casos de tráfico de drogas; (ii) o reconhecimento da coação moral nos casos envolvendo o tráfico de drogas no momento de visitação por mulheres no sistema prisional (de regra masculino); e (iii) a concessão de indulto para condenadas a penas inferiores à oito anos de reclusão, com filhos menores de dezoito anos, cumprido um sexto de pena, são todas medidas de redução de danos que precisam ser imediatamente implementadas.

Para além da situação econômica é de lembrar com Heleieth Saffioti (1995) que as mulheres recebem desde o nascimento um treinamento específico para conviver com a impotência. Ou seja, a mulher aprende a suportar a violência específica que lhe é dirigida, principalmente no lar, mas também em sociedade e, como trabalhei neste texto, pelo sistema penal.

Neste contexto, o Estado não é somente responsável pela satisfação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Existem direitos que se conformam a partir das especificidades femininas pelos quais ele é responsável para coibir a violência patriarcal.

Enfim, com tudo o que foi acima exposto não é a intenção deste capítulo a de, acriticamente, legitimar o direito penal, pois, sem exagero, o direito penal não é só a mais violenta forma de intervenção do Estado na vida dos cidadãos, mas é também, seguramente – e talvez por isso mesmo –, a mais desastrosa forma de intervenção do Estado na vida social. De maneira que restringir tanto quanto seja

possível, o marco de intervenção do sistema penal, é uma exigência de racionalidade.

Dentro dos limites constitucionais, a resposta punitiva não pode ser mais do que um elemento excepcional e possível. E direito penal mínimo (que é o único direito penal possível em acordo com os princípios constitucionais) impõe ao Estado, pela mão do Poder Judiciário, a necessidade de empenhar-se na busca de soluções relativas a situações de violência e de violações de direitos ou a conflitos e problemas sociais que necessitam de respostas justas e adequadas. E é no campo da justiça e da adequação que a co-culpabilidade precisa ser resignificada para alcançar também as mulheres no processo de criminalização.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

\_\_\_\_\_. **Criminología de los Derechos Humanos: criminología axiológica como política criminal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2010.

BANDEIRA, Lourdes. SIQUEIRA, Deis. A perspectiva feminista no pensamento moderno contemporâneo. In: Sociedade e Estado. **Feminismos e Gênero**. Brasília: Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília, 1997. Pp. 263-284.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

\_\_\_\_\_. O Paradigma do Gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999a. Pp. 19-80.

\_\_\_\_\_. La política criminal y el Derecho Penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias Penales. *Revista de La Facultad de Derecho de La Universidad de Granada*, n. 2, 1999b.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 75.

CHAUÍ, Marilena. **Cultura e Democracia: o discurso competente e outras falas**. São Paulo: Cortez, 2007.

COSTA, Elaine Cristina Pimentel. **Criminologia e feminismo**: um casamento necessário. VI Congresso Português de Sociologia. Universidade Nova de Lisboa. Faculdade de Ciências Sociais, 2002. Disponível em: <http://www.aps.pt/vicongresso/pdfs/429.pdf>. Acesso em: 31jul2014.

COSTA, Elaine Cristina Pimentel. **Amor Bandido**: as teias afetivas que envolvem a mulher no tráfico de drogas. Maceió. 2ª ed. 2008.

HARDING, Sandra. ¿Existe un método feminista? In: BARTRA, Eli (org.). **Debates em Torno a uma Metodologia Feminista**. Cidade do México: Universidad Nacional Autonoma do Mexico, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista: novos paradigmas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Alternativas ao Desencarceramento Feminino - Primeiro Ato: O Direito Fundamental de Proteção das Mulheres contra a Violência de Gênero e o Reconhecimento da Co-culpabilidade como Atenuante de Pena**. Direito Público (Porto Alegre), v. 12, p. 89-103, 2016.

SAFFIOTI, Heleieth I.B. ALMEIDA, Suely Souza de. **Violência de Gênero: poder e impotência**. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

SARLET, Ingo W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** – Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 610-611.

## Falando de drogas para médicos<sup>1</sup>

8

Luís Carlos Valois<sup>2</sup>

### 1. Introdução: a complexidade da questão

Importante a lembrança de BROEKMAN, ao analisar as relações entre direito e medicina, citando Hobbes, de que “liberdade é o *silêncio* da lei e saúde o *silêncio* dos órgãos”<sup>3</sup> (1996, p. 26), mas essa metáfora não tem servido para a questão das drogas, principalmente depois de a proibição ter criado uma barreira, uma fronteira entre drogas legais e ilegais.

A história da medicina é paralela à história dos medicamentos, e esses, muitos vulgarmente denominados drogas, têm o objetivo de levar àquele silêncio dos órgãos referido por Hobbes.

Assim, não é natural da medicina o limite entre o legal e o ilegal estreitando as possibilidades do silêncio. A lei se torna arbitrária nesse ponto, constringendo a atividade médica; estabelecendo, no papel, os caminhos viáveis para o bem estar.

Pior quando se fala de lei penal. As leis penais deveriam regular apenas aquelas condutas enraizadas na cultura, no pensamento do

<sup>1</sup> Texto atualizado, apresentado para leitura no III Congresso Nacional de Saúde, realizado entre os dias 3 e 5 de setembro de 2014, na Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG.

<sup>2</sup> Juiz de Direito titular da Vara de Execuções Penais do Amazonas, mestre e doutor em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de São Paulo, membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, membro da Associação de Juizes para Democracia – AJD, membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, e porta-voz da Law Enforcement Against Prohibition (Agentes da Lei contra a Proibição) – LEAP.

<sup>3</sup> No original: “freedom is the *silence* of the law and health the *silence* of the organs”. BROEKMAN, Jan M. **Intertwinements of law and medicine**, 1996, p. 26.

povo, protegendo os bens mais valiosos para a sociedade, posto que são as leis que aplicam as sanções mais severas do ordenamento jurídico.

O direito penal só deveria agir quando as demais formas de soluções de conflitos e os outros ramos do direito se demonstrassem insuficientes para regular determinada questão de suma importância social. Vulgarizar o direito penal com uma inflação de leis, com a criminalização de toda e qualquer conduta, é enfraquecer a própria coesão social buscada pelas leis.

Daí a grande dificuldade de se fazer valer a proibição das drogas tidas como ilegais. Proibindo uma conduta que é da natureza do ser humano<sup>4</sup>, a criminalização das drogas é mais violadora do que promotora de silêncio.

A complexidade do ser humano, tão conhecida pela medicina, encarada humildemente pelo verdadeiro cientista, não pode ser simplificada pela lei. A tentativa de forjar comportamentos, punir condutas naturais, está na essência do exercício de um poder autoritário quando esse poder invade a privacidade dos cidadãos.

Mas é no campo da complexidade que percebemos mais fortes as relações entre direito e medicina. O direito, com sua capacidade de compactação dos problemas, cria a tranquilidade aparente para que ajamos dentro de parâmetros, independentemente dos resultados.

A própria medicina se faz valer do direito e cria normas de conduta para o agir confortável dos médicos, mas nada disso afasta o medo que temos das situações extremas a que nos levam o direito e a medicina.

A simplificação do mundo das leis pode até agravar esse medo. Que o diga o médico frente a uma situação diferente dos casos padrões, precisando tomar uma decisão nova, com consequências imprevisíveis. Os médicos, como qualquer cidadão, acertadamente, têm medo dos tribunais e, contra um processo, nem os padrões de conduta médica

<sup>4</sup> Um dos casos mais emblemáticos dessa afirmação, que tem se tornado comum, de que se drogar faz parte da natureza do ser humano, foi a descoberta do psiquiatra inglês Anthony DANIELS, quando percebeu, em uma ilha afastada do pacífico, “que alguns jovens andavam cheirando os vapores da gasolina, substância relativamente rara na região por causa do isolamento das ilhas e da ausência de veículos motorizados, com exceção de motos. Os efeitos desses gases são especialmente desagradáveis e incluem náusea e tontura. Perguntados por que, afinal, cheiravam aquilo, os jovens não responderam que queriam sentir-se melhor, mas sim que queriam sentir-se diferentes”. **Drogas, a síndrome da mentira**, 2011, p. 33.

são suficientes como proteção, posto que, para a vítima de um dano causado por uma conduta médica, o médico é sempre o culpado.

Por certo não há atividades sem riscos, mas os juízes tendem a se ver mais como vítimas do que como médicos, uma vez que os juízes também têm medo de hospitais e consultórios.

Em uma sociedade onde a criminalização de condutas é a única resposta política para diversos problemas, basta o indiciamento de qualquer pessoa, o nome dessa pessoa numa denúncia do Ministério Público, para que logo pareça culpada.

Se essa pessoa aparece no jornal das oito, algemada, conduzida por alguns policiais de preto, então, a suspeita de culpa logo se transforma em certeza.

Desse quadro, nasce uma culpabilidade coletiva e “como que para não ser suspeito de qualquer cumplicidade, cada pessoa identifica-se com a vítima. Numa bela unanimidade, todos dizem poder ser pais de vítimas”<sup>5</sup>.

Na justiça, médico, traficante, assaltante, não importa a acusação, todos já chegam quase condenados diante da dificuldade do próprio juiz em se colocar no lugar do acusado, postura essencial ao ato de julgar.

Por fim, médicos devem realmente temer a justiça, como juízes temem hospitais. O desconhecimento, a áurea de ciência que cada um carrega é agravada pelo afastamento entre as pessoas na nossa sociedade atual.

O individualismo, as possibilidades técnicas de uma vida cada vez mais isolada, tornam o contato humano difícil e, por vezes, doloroso, aumentando o temor quando a nossa saúde física ou financeira acaba caindo nas mãos de um terceiro, médico ou juiz.

E é nesse ponto que se insere a proibição das drogas. Questão das mais complexas, que não se resume nas divergências internas ou interligadas entre direito e medicina, acaba sendo relegada à lei penal com a aparência de tranquilidade. No caso, mais a tranquilidade de um avestruz, uma vez que as drogas tidas como ilegais continuam circulando livremente no meio social, apesar da proibição.

Médicos proibidos de receitar e juízes obrigados a condenar completam um quadro perfeito de repressão, onde pobres são jogados nos cárceres aos milhares. Médicos e juízes não acham que

<sup>5</sup> SALAS, Denis. **O delinquente sexual**. 1997, p. 61.

esse problema é deles, os cidadãos (os incluídos) têm como natural a proibição de certas drogas, e vamos seguindo estabelecendo um verdadeiro *apartheid* social entre incluídos e excluídos, os pobres, por meio da proibição de certas drogas.

## 2. A simplificação por intermédio da proibição

Por este ser um texto de um profissional do direito falando para profissionais da medicina, obviamente não entraremos no debate de questões científicas específicas dos médicos, seja porque correríamos o risco de falar absurdos, seja porque é no campo da complexidade que queremos ficar.

Contudo, não tem sido essa a conduta dos elaboradores das leis. Proibir é simplificar. E todos nós temos essa tendência simplificadora, tanto que há inclusive médicos, estes responsáveis em traçar um caminho para o fim da dor, ignorando qualquer possível eficiência de uma droga tida como ilegal, aceitando a simplificação da proibição, uma simplificação onde tudo é forjado.

Dissemos que não ingressaríamos em questões médicas, mas há médicos receitando prisões. Isso mesmo sabendo, ou procurando mais uma vez ignorar, que as prisões não servem para nada. Aliás, servem para piorar o quadro criminológico de nossa sociedade sem influir em nada na circulação de drogas efetivamente existentes. Na verdade, nas cadeias e penitenciárias, há drogas em abundância<sup>6</sup>, com ou sem

<sup>6</sup> Dificil estatísticas do uso de drogas nos estabelecimentos penais brasileiros, onde a hipocrisia da ordem aparente faz com que todos finjam a inexistência do óbvio, mas nos EUA, onde se imagina um sistema penitenciário mais eficiente, há informações de que por volta de 10 % de todos os presos usa drogas ilícitas enquanto encarcerados. HUSAK, Douglas. **Legalize this! the case for decriminalizing drugs**. 2002, p. 96. Drauzio VARELLA nos conta a experiência de ter conhecido usuários de álcool, maconha, cocaína e crack no interior das prisões, e de ter sentido, em visita a estabelecimento penal de Nova York, que presos fumavam maconha. Em uma prisão-modelo de Estocolmo, vigiada por 350 funcionários, uma ou outra vez presos eram flagrados, nos exames de laboratório aos quais eram obrigados, por terem usado algum tipo de droga. **Estação Carandirú**, 1999, p. 136. No Canadá estudos da década de 1990 indicavam que 40 % dos presos faziam uso de drogas nas prisões, com 11 % fazendo uso de drogas injetáveis. Na Austrália, na mesma época, 75% dos presos reportavam já ter feito uso de drogas injetáveis pelo menos uma vez enquanto encarcerados. JÜRGENS, Ralf. **HIV/AIDS and drug use in prisons: moral and legal responsibilities of prisons**, 2000, p. 3. Na Austria 20 % dos presos estariam fazendo uso de drogas injetáveis na prisão. SPIRIG, Harald. **Drugs in**

receitas médicas, e isso não é um problema exclusivo das autoridades de segurança pública.

Os médicos, melhor do que ninguém, deveriam saber que é impossível um mundo sem drogas, mas a tranquilidade da proibição, mesmo que simbólica, das drogas, cega a todos, médicos, juízes e cidadãos de um modo geral.

Por certo há interesses por traz e não poderíamos querer, por exemplo, que um médico que ganha com a proibição, proprietário de clínicas de recuperação financiadas pelo governo, pensasse diferente, mas a proibição só se mantém porque é de fácil digestão nesse meio de medos cada vez mais crescentes.

Uma característica negativa, que é de médicos e juristas, é a ausência de consciência política. Juízes não se percebem instrumentos de um poder político maior, segregador e mantenedor de desigualdades sociais, enquanto médicos esquecem que a sua ciência nada mais é do que a especialização de uma função social: a de cuidar do outro.

Não é à toa que tanto médicos como juízes sempre tiveram suas atividades fortemente controladas pelo poder público. Uma das primeiras leis escritas, e a mais conhecida da antiguidade, o Código de Hammurabi, da Mesopotâmia do século 17 a.C., já trazia disposições rígidas e severas contra o médico<sup>7</sup> que errasse.

A alienação e a não percepção de nossas funções sociais é extremamente útil para o sistema capitalista, no sentido de afastar qualquer contestação das práticas de exploração e exclusão social.

Médicos, como juízes e demais operadores do direito, trabalham cotidianamente sem questionar a desigualdade frente a qual são constantemente expostos. Não importa se o cuidado com o ser humano, base da medicina, é diferenciado por planos de saúde, por

**prisons: the realities**, 2002, p. 24. Todos os dados apenas ilustrativos, visto que qualquer estudo envolvendo drogas tidas como ilícitas em prisões se dá sobre um objeto de pesquisa clandestino, passível de punição o usuário e dificilmente reconhecido pela administração. Para a ONU, no ano de 2013, na Europa, o uso de drogas entre presos, injetáveis e não injetáveis, variou entre 4 a 56 % da população carcerária, com 11 países reportando o uso acima de 20 %. United Nations Office on Drugs and Crime. **World Drug Report**, 2014, p. 13.

<sup>7</sup> João Bosco BOTELHO informa, todavia, que “nenhum castigo dirigido ao médico acusado de má prática, no Código de Hammurabi, relaciona-se ao médico não cirurgião, entendendo-o como aquele que não executava procedimento invasivo no paciente”. **História da medicina: da abstração à materialidade**, 2011, p. 50.



fichas, boletos de pagamento ou simplesmente por uma fila em um corredor de hospital, não se tem mais tempo para discutir o sistema.

Não importa se a prisão como descrita na lei não existe na realidade. Os ditos operadores do direito agem como se não percebessem as masmorras em que estão encarcerados os pobres escolhidos como bodes-expiatórios. A interpretação da lei é superficial e enxerga limitado.

A cegueira é geral e a criminalização do uso e do comércio de certas substâncias só agrava a hipocrisia intrínseca ao sistema. Sim, ao sistema, pois se todo sistema político deve ser um sistema humano, o encarceramento desumano de pessoas envolvidas em uma simples transação comercial, estimulada mesmo pelos valores sociais, especificamente o de lucro, expõe a hipocrisia desse sistema que muitas vezes se diz de liberdades, notadamente de livre comércio.

### 3. Um breve histórico: explorando o medo dos médicos

Desde o começo a proibição das drogas é baseada no medo e na desinformação. Sempre foi necessário ter coragem para ser médico, mas quando começa a se misturar a atividade policial com a regulação da medicina, esta sai perdendo. Aliás, todos saímos perdendo quando o Estado relega à polícia o poder de regulação e fiscalização de atividades que em si mesmas não são conflituosas.

Os riscos que os médicos correm e sempre correram, necessários para o avanço da medicina, foram agravados pelas descobertas e possibilidades de novas substâncias, fato muito bem explorado pela conduta moralista de agentes do governo norte-americano, o responsável pelo nascimento e exacerbação do que hoje conhecemos como guerra às drogas.

Hamilton Wright foi o primeiro médico a propagar a proibição das drogas. Ótimo orador, tido como especialista em doenças tropicais, que tinha um discurso proibicionista causador de “irritação até entre os seus aliados”<sup>8</sup>, foi um dos enviados norte-americanos para a Conferência de Xangai, de 1909, e para a Convenção de Haia, de 1911, ocasiões em que os EUA procuravam se aliar à China na questão do ópio e, assim, obter as graças comerciais daquela grande nação oriental.

<sup>8</sup> No original: “irritation even among allies”. McALLISTER, William B. *Drug diplomacy in the twentieth century: an international history*, 2000, p. 29.

Wright procurava ingressar na vida política e viu na defesa da proibição das drogas uma boa oportunidade para parecer importante ao governo. Após um estudo fracassado em que havia concluído que o beribéri era uma infecção bacteriológica, Wright casou com a filha de um senador e industrial republicano de Minnesota, o que favoreceu o seu caminho para ingressar na promissora carreira estatal<sup>9</sup>.

O que menos importavam eram os estudos científicos. Washington com seus interesses econômicos e o médico Wright procurando as graças da vida política eram ingredientes das primeiras convenções sobre drogas. O Brasil, sem nada que se possa chamar problema com o ópio, promulgou a Convenção Internacional do Ópio por intermédio do Decreto 11.481, de 10 de fevereiro de 1915, após ter enviado, alguns anos depois da própria Convenção, um representante seu assinar o Protocolo suplementar de assinatura das Potências não representadas na Conferência.

Nunca discutimos a proibição das drogas. Ela nos foi imposta desde o começo e, agora, escapar desse paradigma fica mais difícil. Apresentar argumentos contra algo que se impôs sem que os que impuseram tivessem que nos apresentar qualquer argumento para a imposição é, no mínimo, injusto, e, evidentemente, difícil.

A desinformação, os interesses políticos, a questão ou somente o discurso moral conduzindo as ações daqueles primeiros agentes políticos, inauguraram o debate sobre a questão das drogas sob o viés exclusivo da proibição.

O fim da carreira de Wright é revelador da hipocrisia que é a proibição, vez que acabou sendo afastado da administração pública por seu envolvimento com o álcool (Idem, p. 51), tão combatido no início do século passado, principalmente nos EUA, onde o movimento religioso buscava promover uma sociedade sóbria.

Os EUA continuaram a sua cruzada contra as drogas e os médicos foram, na verdade, enganados. As associações médicas e as indústrias farmacêuticas queriam uma legislação que regulamentasse as drogas, como qualquer medicamento, e a primeira legislação norte-americana prometia regulamentar o registro e a distribuição das substâncias que já eram e continuariam sendo fabricadas, como já eram e continuariam sendo prescritas pelos médicos<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> GRAY, Mike. *Drug crazy: how we got into this mess and how we can get out*, 1998, p. 41,

<sup>10</sup> ESCOHOTADO, Antonio. *Historia general de las drogas*, 2008, p. 635-636.

Ocorre que essa primeira legislação, escrita por Wright, obrigou os médicos a terem registro perante o governo federal para que a droga fosse ministrada, obrigando igualmente o registro de todas as transações e prescrições.

Não demorou para que a atividade fiscalizadora do então Departamento do Tesouro norte-americano, o órgão responsável para fazer cumprir a primeira lei de drogas daquele país, o Harrison Act, ganhasse ares policiais e os fiscais-policiais começassem a perseguir os médicos.

Primeiramente criou-se uma espécie de jurisprudência administrativa na qual se o médico não receitasse a droga para o fim de diminuir a dosagem ou “reduzir a quantidade prescrita paulatinamente”<sup>11</sup>, estaria violando a lei.

Resultado, os médicos passaram a ter medo, fazendo com que os usuários fossem buscar drogas no mercado negro, tornando a mercadoria mais cara e o tráfico mais vantajoso para o comerciante ilegal. Enquanto isso, os fiscais-policiais do governo ficaram vulneráveis à corrupção: a quantidade de casos envolvendo agentes federais de narcóticos aumentou consideravelmente: só entre 1920 e 1929, 752 agentes, representando 28 % do total, foram demitidos por envolvimento com o tráfico ilegal, por abandono de função, por apresentar relatórios falsos, perjúrios, fraudes e outras acusações<sup>12</sup>.

Mas os médicos foram os que mais sofreram: apenas nos doze anos seguintes à entrada em vigor da Harrison Act, no mínimo 25 mil médicos foram presos sob acusação de venda ilegal de drogas, com 3 mil condenados e milhares outros com suas licenças revogadas. Mesmo clínicas que estavam obtendo sucesso na diminuição do uso de drogas em determinadas regiões foram fechadas<sup>13</sup>.

Os dados acima, de história e de estatísticas, provam que a proibição ignora o conhecimento médico, sempre ignorou. A questão das drogas é moral e, posta nas mãos da polícia, ganha ares de repressão ditatorial.

#### 4. A polícia brasileira

No Brasil não precisamos, como a realidade tem mostrado, de um grande defensor da política proibicionista. Não precisamos de

<sup>11</sup> BERTRAM, Eva et al. *Drug war politics: the price of denial*, 1996, p. 134.

<sup>12</sup> KRIEGER, Joel. *The Oxford companion to comparative politics*, 2012, p. 3144.

<sup>13</sup> HANS A., Baer. *Medical anthropology and the world system*, 2003, p. 188.

um czar das drogas, como são chamados os burocratas policiais que comandam as políticas de drogas dos EUA. Não precisamos nem mesmo de fundamentos ou debates sobre as vantagens da proibição. Bastou assinarmos os tratados já prontos para acreditarmos que estávamos fazendo a coisa certa, independentemente dos nossos próprios problemas.

Aliás, a própria medicina norte-americana se queixa do que chamam de pirâmide do preconceito (pyramid of prejudice). HART, KSIR e RAY, autores de uma das obras referenciadas sobre drogas nos EUA, lembram que os conceitos, os livros sobre drogas, começaram a ser escritos na época da cruzada proibicionista e foram se reproduzindo, como foram se reproduzindo os seus erros e exageros<sup>14</sup>.

Os episódios do começo da proibição nos alertam contra outra tendência, a do discurso de que drogas são uma questão de saúde pública. Tal tendência mascara o fato de que milhares de pessoas usam drogas, lícitas ou ilícitas, sem causar qualquer problema para si ou muito menos para a saúde pública. Essas pessoas tornam-se invisíveis no cenário da proibição, que faz do viciado e do abusador de drogas, únicos visíveis, o padrão de usuário. A questão das drogas não é apenas de saúde pública, mas de liberdade também.

Sim, em alguns casos, que a droga efetivamente causa problema, trata-se de questão de saúde pública, mas a saúde pública não pode se misturar com a atividade policial, pois esta, principalmente em questões complexas, que permitem a discricionariedade do policial, causam medo, e não se promove saúde com medo.

De qualquer forma, já exageramos falando sobre os médicos e suas situações. Exageramos instintivamente, porque falamos com médicos. Mas de onde falamos, de nossa experiência de vinte anos como juiz criminal, os argumentos sobre a atividade médica têm pouco valor. Precisamos, assim, falar do que temos conhecimento de causa, situações ignoradas pelos médicos e pela maior parte da população, precisamos falar da polícia e da atividade judicial.

Como dito, nós representantes, detentores de uma parcela do poder político, alienados, exercemos nossas atividades esquecendo muitas questões sociais. O juiz normalmente acha que seu papel é

<sup>14</sup> Os autores indicam o jornal da Associação Médica Americana como exemplo de instituição que patrocinou publicações recheadas de equívocos. *Drugs, society & human behavior*, 2009, p. 370.

ser rigoroso com o que ele entende por criminalidade que, na verdade, é o que a polícia entende por criminalidade. O juiz acaba se tornando um legitimador da atividade policial do Estado, usando o direito como uma espécie de chancelador das prisões feitas na rua que, sabemos, muitas vezes são arbitrárias.

Nenhum de nós da classe média, juízes, médicos, qualquer um, se preocupa com o fato de que só pobres estão presos. Que as penitenciárias são os campos de concentração de hoje em dia e que penas de morte de todos os tipos são executadas nesses lugares.

Nós nos preocupamos sim quando somos assaltados, roubados ou sofremos uma violência e temos que procurar a polícia. Aí a dificuldade é conhecida de todos. A polícia não investiga mais, não previne mais, se é que algum dia já preveniu algo no Brasil, mas a polícia não tem cumprido efetivamente o seu papel principalmente em razão da guerra às drogas.

Por ser mais fácil fazer uma blitz e prender três ou quatro com dez ou quinze trouxinhas de qualquer tipo de droga ilegal, a polícia não investiga mais assaltos, sequestros ou mesmo homicídios. Todos os demais crimes podem ser deixados de lado, pois em cada esquina está garantida a produtividade do policial.

Infelizmente só nos damos conta disso quando precisamos da polícia e estamos sempre pensando que não vamos precisar.

Pior quando se chega na justiça. Abarrotada de processos, com juízes atribulados, a verdadeira Justiça resta prejudicada. Pessoas são condenadas a toque de caixa.

A cultura do medo que a guerra às drogas trouxe transformou o policial, aquele PM que está na rua, no verdadeiro juiz. Sim, pois é o policial na rua que decide se aquela quantidade de droga encontrada (às vezes nem encontrada) na posse do cidadão, era para fins de consumo ou de tráfico. E, se decidido que era para fins de tráfico, ninguém mais conseguirá afastar a pecha de traficante daquela pessoa.

O juiz tem medo de soltar o “traficante”, a pessoa indiciada, fichada como tal. A cultura do medo que a guerra às drogas trouxe engessou o juiz, também ser humano, também passível de medos. O traficante, aquele que resolveu vender uma mercadoria para um outro que queria comprar, ou seja, agiu para obter lucro, conduta altamente estimulada pelo nosso sistema, esse traficante é o inimigo número um do policial, do juiz e da imprensa.

As pessoas normalmente não sabem, mas o Supremo Tribunal Federal, por sua jurisprudência, autoriza que os policiais sejam também testemunhas nos processos, criando-se uma situação sui generis: as mesmas pessoas que combatem a droga, escolhem quem vai ser o traficante, prendem essa pessoa e ainda são as testemunhas no processo. No final das contas, é impossível se defender de uma acusação de tráfico.

Desculpas são necessárias, porque a pretensão era de que este não fosse um texto jurídico no sentido comum da palavra, mas é necessário transcrever um trecho de um acórdão do STF: “...Esta Suprema Corte firmou o entendimento no sentido de que não há irregularidade no fato de os policiais que participaram das diligências ou da prisão em flagrante serem ouvidos como testemunha...” (STF, 1ª Turma, RHC 108586, Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 09/08/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-172, votação unânime).

E ponha suprema nisso. Hoje em dia, na estrutura do judiciário, é quase um herege quem viola ou não segue os entendimentos do STF. E a polícia se aproveita disso, pois se pode ser a testemunha do processo do cidadão que ela prendeu, para quê ela vai procurar outras testemunhas para o caso?

E realmente ficamos sem testemunhas. Em pesquisa de doutorado para a Universidade de São Paulo, avaliamos inquéritos policiais de tráfico de drogas em quatro Estados brasileiros, além do Distrito Federal, e encontramos índices alarmantes. O índice de processos em que as pessoas são presas com testemunhas exclusivamente policiais chega a superar a casa de noventa por cento<sup>15</sup>, com uma média de 80% no total.

Nós como cidadãos temos que nos preocupar com isso. Afinal, apesar de livres, a polícia está solta por aí também. Qualquer um, a qualquer

<sup>15</sup> São Paulo, 96%; Rio de Janeiro, 72 %; Brasília, 36 %; Belo Horizonte, 78%; Porto Alegre, 90 %. A média é de 74%, excluídos os procedimentos em que as drogas foram apreendidas em estabelecimentos penais, onde as testemunhas são os agentes penitenciários. Incluídos esses procedimentos, a média é de 80% de testemunhas policiais ou agentes prisionais. Devendo-se anotar ainda que boa parte das testemunhas não policiais apresentadas eram pessoas detidas pela polícia, tidas como usuárias ou que estavam na casa da pessoa acusada por ocasião da invasão de domicílio, ou seja, testemunhas que poderiam estar com medo de elas mesmas serem presas por tráfico de drogas. VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**, 2016, p. 358.

momento, pode ser tido como traficante e as testemunhas do seu processo serão justamente aquelas pessoas que disseram quem é o traficante.

Mas o traficante precisa preencher um estereótipo. O do pobre. E por isso só são presos aviões, mulas, pessoas que são substituídas no dia seguinte na rua pela hierarquia do tráfico.

O traficante das prisões não transporta cocaína de helicóptero, e isso há que ser reconhecido, tido como fato e ingrediente de nossa reflexão sobre a proibição das drogas, reflexão necessária para não continuarmos agravando esse quadro de injustiça social e de desfuncionalidade da própria justiça.

## 5. A polícia norte-americana

Necessário falar que a polícia norte-americana também tem violado direitos. Interessa-nos saber das violações ocorridas nos EUA não só porque, como referido, é de lá que vem o grito de guerra às drogas, mas também porque vige aqui ainda a cultura de que tudo no país do Norte funciona, e se na guerra travada aqui há violações, estas ocorrem por falha nossa, por não se seguir exatamente a imagem de disciplina e competência exportada.

Assim, nos permitimos citar três entre muitos episódios norte-americanos de violações. Whren e Brown, ambos negros, tiveram seu carro parado pela polícia sob o pretexto de que não deram sinal para dobrar e pararam abruptamente no sinal fechado. Os policiais depois confessaram ter parado os dois por suspeitar da posse de drogas, mas não havia qualquer evidência objetiva para tal suspeita. Ocorre que aparentemente a intuição policial estava correta. Segundo as declarações policiais o motorista estava com um pacote de cocaína no colo.

Whren e Brown alegaram que “permitir à polícia o uso de pequenas infrações de trânsito como pretexto para investigações infundadas permitiria à polícia escolher qualquer um como objeto de uma investigação, sem qualquer evidência acerca de atividade ilegal”<sup>16</sup>, todavia a condenação de ambos foi mantida pela Suprema Corte norte-americana.

<sup>16</sup> Tradução livre de: “Allowing the police to use minor traffic violations as pretext for baseless drug investigations would permit them to single out anyone for a drug investigation without any evidence of illegal activity whatsoever”. ALEXANDER, Michelle. **The new Jim Crow: mass incarceration in the age of colorblindness**, 2012, p. 68.

Quando o réu tem condições para ter uma melhor defesa, o resultado pode ser diferente, mas não menos dramático. Na década de 90 a polícia invadiu a casa de Donald Carlson em San Diego usando granadas, agindo com base em uma informação prestada por um informante pago de que a casa estava vazia e a garagem estava sendo usada para acondicionar uma grande quantidade de cocaína. Resultado: Carlson estava na casa e foi atingido seriamente; depois, considerado inocente, mas perdendo um quarto de sua capacidade pulmonar, ganhou a indenização de \$2.75 milhões de dólares<sup>17</sup>.

O terceiro exemplo é o de Carlos Rodriguez, em New Jersey, em 1988. Susan Hendricks e Fred Bennett foram ao seu apartamento para comprar cocaína. Logo após a compra, Susan e Fred passaram a colocar a droga em pequenos papéletes para revender, ocasião em que a polícia invadiu a casa de Carlos e, para não deixar evidências, Susan e Fred engoliram os diversos papéletes que tinham consigo. Imediatamente Susan passou a ter convulsões e a emergência médica foi chamada.

Meia hora depois, Fred, que não tinha informado também ter ingerido os papéletes, passa a ter convulsões também e morre no local. Susan morre na emergência do hospital. Duas coisas impressionam no desfecho dessa história. A primeira é que as “estatísticas do governo catalogaram as mortes de Hendricks e Bennett como causadas por overdose de cocaína”<sup>18</sup>. A segunda é o fato de que Carlos foi condenado por homicídio, tráfico seguido de homicídio, com base em uma lei de New Jersey de 1986.

O fato acima demonstra como se deturpam dados em nome da guerra às drogas, fazendo com que duas mortes causadas pela guerra pareçam ter sido causadas pelas drogas, e demonstra ainda o quanto se perde de bom senso na ânsia por se punir cada vez mais e de forma mais severa, em nome da discricionariedade da guerra e sem proporcionalidade, também característica do ódio de guerra.

<sup>17</sup> GRAY, Mike. **Op. Cit.**, p. 98. O autor informa que desde 1971 a jurisprudência americana tem imposto como exigência para a emissão de mandado com base em informação anônima que esta contenha “detalhes suficientes” baseados na “totalidade das circunstâncias”, requisitos genéricos, mas que não deixam de servir de limite ao anonimato. p. 97-98.

<sup>18</sup> No original: “Government statistics listed the deaths of Hendricks and Bennet as caused by acute cocaine overdose”. HUSAK, Douglas. **Overcriminalization: the limits of criminal law**, 2008, p. 46.

O que ocorre no Brasil em termos de discricionariedade policial é muito pior, pois até a invasão de domicílio é permitida sem qualquer mandado<sup>19</sup>, bastando para tanto que a polícia efetivamente ache alguma quantidade de drogas na casa do cidadão, o que obviamente estimula diversos tipos de abuso de autoridade.

## 6. Conclusão

A questão das drogas é muito mais ampla do que pudemos resumir nesse breve texto, a questão da guerra às drogas é maior e mais complexa ainda.

Seres humanos sendo mortos por se envolverem em uma relação comercial, parte da polícia corrompida e outra parte ocupada com essa relação, o crime organizado sendo financiado, as hipóteses e possibilidades científicas sendo limitadas e nossas crianças sendo (des)educadas com a política policial do “não” como única resposta. Enfim, são inúmeras as questões que indicam para a falência total do modelo proibicionista.

As pessoas, hoje em dia, têm medo da polícia, a mesma polícia paga por elas para a proteção de todos. E esse medo é geral, resultado principalmente da guerra às drogas, que não desvirtua só o procedimento judicial contra os traficantes, mas todo e qualquer procedimento judicial, pois o medo passa a comandar as posturas, legislações e condutas judiciais.

Nesse ponto a medicina está na frente do direito. Profissionais da saúde têm em geral mais humildade do que nós profissionais do direito e a prova disso é esse texto, simbolizando a escuta por parte dos profissionais da saúde, mas todos nós precisamos, ainda assim, de mais humildade.

Humildade para reconhecer que nunca teremos um mundo perfeito, sem drogas. Humildade para reconhecer que o comércio ilegal de drogas é um comércio natural, pois onde há demanda haverá oferta. E humildade principalmente para reconhecer que erramos, que precisamos dar um passo atrás e parar de encarcerar cada vez mais pessoas em nome dessa guerra que não se pode vencer.

Falamos da imposição norte-americana sobre os demais países para a proibição e para o aumento do rigor na guerra às drogas, mas hoje os EUA mesmo têm dado mostras de mudança de sua política.

<sup>19</sup> Essa é a jurisprudência também unânime do STF (STF, RHC 86082, Relatora Min. Ellen Gracie, 2º Turma, j. em 05/08/2008).

Mudança de inimigo, resultado de debates, interesse econômico diverso, não importa os motivos da alteração paulatina que tem acontecido nos EUA. Nós estamos no Brasil e se não pensarmos por nós mesmos, se continuarmos prendendo nossos irmãos numa guerra que não foi por nós declarada, acabaremos observando o mundo tomar essa decisão e, no fim, e mais uma vez, teremos nossa decisão imposta de fora para dentro.

A irracionalidade da proibição tem perdido para a racionalidade estreita do mercado e quando nos for imposta a descriminalização das drogas, cada droga liberada já chegará aqui com seu monopólio e, talvez, ainda tenhamos que comprar drogas dos EUA. Mais uma vez!

## Referências

ALEXANDER, Michelle. *The new Jim Crow: mass incarceration in the age of colorblindness*, New York, EUA: The New Press, 2012.

BOTELHO, João Bosco. *História da medicina: da abstração à materialidade*. Manaus: Editora Valer, 2011.

BERTRAM, Eva et al. *Drug war politics: the price of denial*. Los Angeles, California, EUA: University of California Press, 1996.

BROEKMAN, Jan M. *Intertwinements of law and medicine*. Leuven, Bélgica: Leuven University Press, 1996.

DANIELS, Anthony. *Drogas, a síndrome da mentira*. In: DC, Dicta&Contradicta. N. 08. Dez. 2011. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. p. 32-40.

ESCOHOTADO, Antonio. *Historia general de las drogas*. 8a Ed., Madri, Espanha: Espasa, 2008.

GRAY, Mike. *Drug crazy: how we got into this mess and how we can get out*. Nova York, EUA: Routledge, 1998.

HANS A., Baer. *Medical anthropology and the world system*. 2a Ed.. Connecticut, EUA: Praeger Publishers, 2003.

HART, Carl L.; KSIR, Charles; RAY, Oakley. *Drugs, society & human behavior*. 13ª Ed. Nova York, EUA: Mc Graw Hill, 2009.

HUSAK, Douglas. *Overcriminalization: the limits of criminal law*. New York, EUA: Oxford University Press, 2008.

\_\_\_\_\_. *Legalize this! the case for decriminalizing drugs*. New York, EUA: Verso, 2002.

JÜRGENS, Ralf. *HIV/AIDS and drug use in prisons: moral and legal responsibilities of prisons*, In: Drug use and prisons: an international perspective. New York, EUA: Routledge, 2000, p. 1-26.

KRIEGER, Joel. *The Oxford companion to comparative politics*. Vol. 1. Nova York: Oxford University Press, 2012.

McALLISTER, William B. *Drug diplomacy in the twentieth century: an international history*. New York, EUA: Routledge, 2000.

SALAS, Denis. *O delinquente sexual*. In: GARAPON, Antoine; SALAS, Denis. *A justiça e o mal*. Lisboa, Portugal: Instituto Piaget, p. 45-74.

SPIRIG, Harald. *Drugs in prisons: the realities*. In: *Prisons, drugs and society*. Estrasburgo, França: Council of Europe Publishing, 2002, p. 23-30.

UNITED Nations Office on Drugs and Crime. *World Drug Report*. New York, EUA: United Nations, 2014.

VALOIS, Luís Carlos Valois. *O direito penal da guerra às drogas*, 500f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

VARELA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

## "Guerra às drogas" e (de) formação do sistema de justiça criminal

9

Édson Luís Baldan<sup>1</sup>

As drogas acompanham o ser humano desde as primeiras civilizações, pois há 6.000 anos era já o álcool conhecido, havendo relatos de uso de ópio na Assíria, Grécia e Egito. Seu uso não escapou dos relatos de historiadores como Homero e Heródoto. Relata-se que, na Pérsia, já no ano de 1037, o médico e filósofo árabe Avicena morreu pelo ópio<sup>2</sup>. O proibicionismo, todavia, é filho do século recém-findo e, notoriamente, tem merecido justas críticas por setores da dogmática pátria e estrangeira, sobretudo porque, admitindo-se que a noção de bem jurídico seja a verdadeira pedra angular na edificação do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, mister perquirir, diante de uma incriminação positivada, qual o bem jurídico tutelado pela norma de maneira subsidiária, isto é, somente depois de se revelarem insuficientes ou inadequados os demais instrumentos de controle social<sup>(3)</sup>. Não se aparta, assim, o pensamento penal do mundo ocidental moderno, do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos (a intervenção penal somente se legitima quando a serviço da tutela de um bem relevante e perfeitamente identificado), do princípio da lesividade (a incriminação de uma conduta somente se justifica quando comprovadamente existir a lesão ou, ao menos, o perigo de dano ao

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Delegado da Polícia Civil do Estado de São Paulo.

<sup>2</sup> FRANÇA, Genival Veloso. *Medicina Legal*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001, p. 288

<sup>3</sup> BALDAN, Édson Luís; LAVORRENTI, Wilson. BONINI, Paulo Rogério. *Leis Penais Especiais Anotadas*. Campinas: Millennium, 2016.

bem jurídico) e da intranscendência ou alteridade (somente há de merecer censura penal o comportamento que invada o patrimônio jurídico alheio, vedada a sanção a condutas que não cheguem a ser exteriorizadas ou que afetem unicamente o agente).

Não se pode deslembrar, ainda, que as infrações definidas na Lei de Drogas são caracterizadas como sendo de perigo abstrato, isto é, presumido pela lei, *juris et de jure* (inadmitida prova em contrário), inserto em determinada ação ou omissão, embora, como advertia HUNGRIA<sup>4</sup>, não deixe a lei, nesse caso, a apreciação do risco ao juízo do agente, pois o perigo *in abstracto* funda-se na experiência geral para, *a priori*, considerar perigosa esta ou aquela ação ou omissão. A diretiva deve ser a reflexão de que um comportamento que permaneça privado não autoriza a intervenção penal (desde que se trate de bens jurídicos individuais e haja consentimento dos envolvidos)<sup>5</sup>. Por fim, se se sustenta que o objeto jurídico destinatário da proteção na Lei de Drogas é a saúde pública, necessário atentar que, como ponderado por NORONHA, tais crimes “caracterizam-se pelo vulto ou expansão da ofensa, que não visa à higidez de certas e determinadas pessoas, mas de um número indeterminado delas”<sup>6</sup>.

Como faz notar GOMES<sup>7</sup>, existem basicamente quatro tendências de política criminal relativamente às drogas:

a) “modelo norte-americano”: apoiado pela ONU, trata as drogas como problema policial e militar, pregando a tolerância zero e adotando o encarceramento massivo para resolução do problema;

b) modelo liberal radical: pregando a liberalização total das drogas, aponta as consequências distintas da criminalização sobre ricos e pobres, onde apenas estes são sancionados;

c) modelo da redução de danos: é o sistema europeu que, em oposição ao estadunidense, trata a questão das drogas como de saúde pública, por isso defendendo a descriminalização gradual das e uma política de controle e de educação, sem descurar da atenção aos usu-

<sup>4</sup> HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*, vol. I, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 20.

<sup>5</sup> ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 112-3.

<sup>6</sup> NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 4.

<sup>7</sup> GOMES, Luiz Flávio et al. *Legislação Criminal Especial*. São Paulo: RT, 2009, p. 163-6.

ários visando à redução dos danos causados pelas drogas (distribuição de seringas, disponibilização de espaços para uso, controle de consumo, assistência médica etc);

d) justiça terapêutica: prioriza o tratamento médico do dependente, ainda que compulsoriamente ministrado.

Embora com a edição da Lei 11.343/2006 tenha sido propalada a aproximação brasileira ao modelo de redução de danos, a realidade revela que seguimos trafegando pela via da repressão irrestrita, naquilo que vem sendo denominado de “necropolítica” criminal da drogas, sobretudo por força da reconfiguração de nosso sistema de justiça criminal (Polícias, Ministério Público, Poder Judiciário e órgãos de execução penal), sob inegável inspiração e fomento do modelo estadunidense de “guerra às drogas”, inaugurado há meio século e que provocou, em vários países, uma configuração das agências policiais para dotá-las de maior ofensividade (daí a adoção de padrões táticos de intervenção, equipamentos, armas, treinamento e cultura tipicamente militares, até então desconhecidos dos órgãos encarregados da manutenção da ordem interna). Com a alta rentabilidade propiciada pela atividade (agora proibida) de mercancia de drogas, não tardou que o tráfico passasse a ser manejado por mãos cada vez mais armadas, em larga medida atadas a estruturas delinquenciais organizadas, locais e transnacionais. Não surpreende, assim, que os espaços metropolitanos, densamente povoados, transmudassem em palcos bélicos onde as escaramuças diárias de uma guerrilha sem fim (de uma guerra sem sentido) revelam apenas a face visível dessa disputa de forças entre os agentes de um Estado inconsequente (logo adiante insuficiente) e os renitentes transgressores de normas penais de duvidosa legitimidade.

Decerto reconhecemos que devam as drogas, como problema afletivo, receber especial atenção do Estado, pois representam perigo à saúde do dependente e, além, podem desencadear, mercê dos efeitos provocados no usuário ou dependente, a eclosão de comportamentos desviantes e criminosos (os trágicos eventos no trânsito são eloquentes por si). Todavia, analisando a história da repressão policial nessa seara no último século, somos levados a concluir que a política de “guerra às drogas” evidencia um fracasso retumbante, especialmente porque esse projeto global desastrado de segurança pública<sup>(8)</sup>:

<sup>8</sup> BALDAN, Édson Luís; LAVORRENTI, Wilson. BONINI, Paulo Rogério. *Leis Penais Especiais Anotadas*. Campinas: Millennium, 2016.

a) Não logrou tutelar a saúde pública (decantado bem jurídico protegido pela norma), vez que nunca as substâncias proibidas estiveram tão acessíveis a quem se disponha por elas pagar, sendo que algumas drogas (p. ex. álcool e tabaco) sequer foram proibidas, malgrado os malefícios notórios que produzem à saúde humana;

b) Fomentou o vertiginoso crescimento da densidade populacional nos cárceres, em condições insatisfatórias de cumprimento da pena que, assim, deixou de cumprir suas finalidades preventivas e ressocializadoras anunciadas;

c) Elevou o percentual de mulheres atraídas à delinquência e, por conseguinte, encarceradas, visto ser possível o exercício da atividade de tráfico de drogas sem o recurso à violência à pessoa;

d) Provocou o nascimento e desenvolvimento de rentável atividade “comercial” (tráfico de drogas) que vem permitindo a rápida e crescente capitalização de grupos criminosos organizados, com tentáculos transnacionais cada vez mais distantes, capazes do emprego de extrema violência intimidatória ou, então, de penetração nas estruturas oficiais do Estado pela via da corrupção;

e) Engendrou a contaminação da economia nacional com os ativos “sujos” que consubstanciam as fabulosas receitas geradas pela comercialização das drogas, sobre as quais não incide qualquer tributação oficial que poderia, no contexto de um programa de regulamentação de distribuição das drogas, subsidiar a assistência à saúde dos dependentes e financiar campanhas educativas de cunho preventivo (ao passo que sobre o álcool, fumo, medicamentos e demais drogas não proibidas prossegue a arrecadação de impostos);

f) Representou **óbice ao desenvolvimento de pesquisas científicas** destinadas a explorar as propriedades curativas, para uma série de doenças, encerradas nas substâncias rotuladas como “drogas”;

g) Como decorrência da inexistência de equação correlacionando volume de prisões e eficácia da repressão, o Sistema de Justiça Criminal (Polícias, Ministério Público, Poder Judiciário, Defesa, Sistema de Execução Penal) viu-se progressivamente sobrecarregado e praticamente inercializado pelo contingenciamento de expressiva parcela de seus recursos humanos e materiais para o contraste ao tráfico de drogas, aumentando a sensação de insegurança nas comunidades relativamente à delinquência ordinária (furtos, roubos, homicídios, estupros etc) e originando inédito estabelecimento de verdadeira rede

de “justiça paralela”, à qual os cidadãos recorrem por nutrir descrédito e desconfiança em relação ao Estado;

h) Contribuiu, sobremaneira, para a progressiva elevação dos níveis de violência empregada sob pretexto de “combate” aos grupos criminosos organizados (enriquecidos pelos lucros do tráfico), ocasionando o emprego, por ambos os lados, de armamento bélico de ofensividade máxima, acionado em áreas civis habitadas, onde inocentes moradores tornam-se vítimas colaterais dessas reais operações de guerrilha urbana que, frequentemente, ceifam vidas inocentes atingidos por “balas perdidas”;

i) Como consequência da elevação dos níveis de violência nos confrontos entre traficantes, ou entre traficantes e policiais, ocorreu saturação da capacidade ofensiva das polícias estaduais, obrigando o contingenciamento das Forças Armadas, em missões de policiamento civil urbano, em caráter permanente, numa escalada que, noutros países (mire-se México e Colômbia), colocou em risco a integridade política e a soberania do próprio Estado, ao desnudar sua impotência em combater na guerra por ele mesmo criada.

j) Por fim, como atrás mencionado, propiciou a adoção de modelos policiais (para) militares, seja na cultura, códigos de conduta, equipamentos e estratégias operacionais, com elevação da letalidade protagonizada por agentes do Estado que, a pretexto de proteger um objeto jurídico plástico e nebuloso (saúde pública), terminam violando quotidianamente, sem rebuços o mais caro bem da humanidade (vida humana de policiais e de jovens, negros, habitantes de periferias, suspeitos de pertencimento a redes de distribuição de drogas).

Relativamente a este último tópico, já assinalamos <sup>9)</sup> que, no Brasil, as polícias militares estaduais mereceram expressa previsão na Constituição da República (art. 144, § 5º), a qual também estabeleceu como atribuições suas a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública. Não lhe conferiu a lei, no modelo brasileiro, poderes investigatórios diretos, muito embora, não raramente, sejam elas empregadas pelo Ministério Público como coadjuvantes na realização de diligências típicas de polícia judiciária, muitas delas com

<sup>9)</sup> BALDAN, Édson Luís. *Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado*. In KHALED, Salan Hassan (org.). *Sistema penal e poder punitivo, estudos em homenagem ao Professor Aury Lopes Júnior*. Florianópolis: Empório do Direito, 2014, p. 156-184.



restrições severas a garantias individuais (v.g. interceptações telefônicas, buscas domiciliares, prisões processuais etc). Emblemática foi a recente e malograda “experiência” de segurança paulista <sup>(10)</sup> em que as informações relativas ao crime organizado (responsável por boa parte do tráfico de drogas nesse estado), obtidas mediante interceptação telefônica permanente sobre indivíduos em cumprimento de pena, eram repassadas integralmente aos policiais militares, à revelia da polícia judiciária, resultando na elevação da letalidade (tanto de policiais quanto de suspeitos) em episódios não de todo esclarecidos e que motivaram o posterior afastamento do secretário idealizador.

De qualquer modo, não se desconhece que, em larga escala, as operações de repressão imediata (em especial as prisões em flagrante) e mesmo investigatórias típicas, relativamente às drogas, vem sendo desempenhadas pelas forças militares estaduais, as quais, em verdade, não constituem um modelo exclusivo brasileiro. Todavia, as gendarmarias ou forças paramilitares na Europa apresentam traços comuns: a) inspiraram-se no modelo francês do século XVIII; b) obedecem à divisão territorial de atuação, principalmente nas áreas rurais e fronteiras; c) são de potencial emprego no contraterrorismo e manutenção de ordem; d) exibem insatisfação de seus integrantes, com movimentos atuais para desmilitarização e unificação; e) são forças nacionais e não estaduais, ligadas de alguma maneira ao Ministério da Defesa e ao do Interior. Ali, alguns países já concretizaram a desmilitarização e unificação, citando-se Áustria (2005), Bélgica (2001) e Luxemburgo (2002). Nos dois primeiros países, o caminho da unificação foi facilitado quando houve a desmilitarização. Em nenhum desses países existe figura próxima à do Delegado de Polícia brasileiro

<sup>10</sup> DIÁRIO DE SÃO PAULO, 12-05-2009: Tropa de elite contra o PCC, Crime organizado na mira da Rota: “Os órgãos de segurança pública do estado de São Paulo irão usar os policiais militares das Rondas Ostensivas Tobias de Aguiar (Rota) no combate à facção criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC). A decisão, diz o coronel Danilo Antão Fernandes, comandante interino da Polícia Militar, é “uma estratégia de governo” e tem como objetivo “dar uma resposta à altura ao crime organizado”. A estratégia de usar a Rota no combate ao crime organizado foi desenvolvida pelo secretário da Segurança Pública Antônio Ferreira Pinto, que foi policial militar, promotor militar e atuou na Secretaria da Administração Penitenciária. [...] O desembargador José Rui Borges, da 16ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, não vê problemas de inconstitucionalidade. “Sei que a Rota é eficiente em trabalho operacional. Se tiver capacidade de investigar, não vejo problema. Desde que seja respeitando a lei. Sempre que há uma polícia de enfrentamento mais efetivo, há possibilidade de exageros”.

como pertencente a uma carreira jurídica e encarregado de presidir a fase da investigação preliminar, sem subordinação funcional ao Ministério Público e ou ao Poder Judiciário <sup>(11)</sup>. Por isso, parece-nos que a preceder à análise de uma atual pretensão – consubstanciada em múltiplas propostas legislativas de alteração do texto constitucional – de um denominado “ciclo completo de polícia” (a significar a atribuição de poderes, também, investigatórios às polícias militares) impõe-se, todo ao contrário, a necessidade de se discutir a desmilitarização das policiais estaduais e sua desvinculação das Forças Armadas, caso contrário produziremos não um modelo que se ajuste à modernidade que seus apologistas pregam, mas sim ao figurino de regimes totalitários impostos pela força e, por isso, dela permanentemente dependentes. Causa espécie que, no Estado Democrático de Direito, o cidadão civil, ainda que suspeito da prática de uma infração penal, possa ser investigado por forças militares reservas do Exército, ou que uma questão jurídica, a ser solvida na Justiça Comum, deva merecer tratamento preliminar nos quartéis militares. Temos nossas tristes singularidades. Somos um país com elevada taxa de letalidade policial, nunca em declínio. Em nossa organização de competências ainda se garante jurisdição especial – a Justiça Militar Estadual – àqueles que cuidam da segurança de populações civis. Não é recomendável que possua foro privilegiado aquele que, no desempenho da investigação, maneje direitos e garantias individuais extremamente sensíveis, como liberdade, intimidade, inviolabilidade domiciliar da pessoa imputada (mas ainda presumida inocente). Justificou-se o emprego de forças paramilitares nos momentos posteriores a conflitos externos ou insurreições internas, como forças de transição, intermediárias entre Forças Armadas e Polícias, não mais se concebendo sua perenidade em regime de paz e normalidade democrática.

Como vimos alertando <sup>(12)</sup>, o vozerio desencontrado do movimento “lei e ordem” – amplamente dominante na opinião pública, no sistema de justiça criminal e nas entranhas das agências oficiais incumbidas da política criminal – desconhece que o Direito Penal

<sup>11</sup> BALKO, Radley. Rise of the warrior, the militarization of America’s police forces. Philadelphia (EUA): PublicAffaris, 2013.

<sup>12</sup> BALDAN, Édson Luís, prefácio in JUNQUEIRA, Ivan de Carvalho. Ato infracional e direitos humanos, a internação de adolescentes em conflito com a lei. Campinas: Servanda, 2014.

da contemporaneidade vive uma crise deslegitimadora que poderá mesmo ditar seu futuro como instrumento preferencial de reação ao crime. Primeiro porque não vem cumprindo sua missão anunciada de tutela de bens jurídicos valiosos; segundo, porque seu mais usual instrumento de (re)ação contemporânea, a pena privativa de liberdade, apresenta reflexos indesejados e praticamente nula eficácia.

De fato, vivencia-se verdadeira crise de sobrevivência do Direito Penal de índole humanista, filho do Iluminismo e que, lapidado e difundido a partir do pensamento da Escola Clássica da Criminologia, impregnou a criação doutrinária do último século e informou o tear jurisprudencial das cortes criminais modernas. Legisladores e aplicadores rendem-se, cada vez mais, a apelos midiáticos (potencializados pelos fóruns sociais de comunicação eletrônica) e, sucumbindo ao populismo puro ou à crença pueril de “salvação planetária”, deformam o sistema penal pela manipulação violadora do ordenamento positivo.

Convive-se, bem por isso, com despudor diante das evidentes violações operadas pelo sistema de justiça criminal: rebaixamento de garantias individuais asseguradoras de um processo penal legítimo e justo, simplificação das formas processuais com sacrifício de direitos materiais, desrespeito à integridade física e moral dos imputados (seja pela execração midiática que decreta a morte moral, seja pelo extermínio policial contumaz de conhecidos segmentos sociais: jovens negros habitantes das periferias, aos quais assiste única e tardiamente o “serviço público polícia”).

Teima-se, recorrentemente, em invocar modelos jurídicos estrangeiros de maneira inconsequente para apregoar, erroneamente, que o Brasil, com o terceiro contingente penitenciário do mundo e com uma das polícias mais letais do mundo, seja um reduto de impunidade penal. Invoca-se, de ordinário, os países de matriz penal anglo saxônica (Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia) onde a idade penal situa-se pela primeira infância. Não se menciona, todavia, que esses países, tendo implementado a sistemática operação das prisões no início do século XIX, vêm reconhecendo o fracasso dessa espécie de resposta sancionatória em relação à delinquência juvenil, enquanto marchamos nós em busca da judicialização desses conflitos e potencial incremento da carcerização, quando o recomendável seria, auscultando as experiências exitosas daqueles sistemas comparados, porfiar pelo desenvolvimento das práticas restaurativas. Teremos perdido excelente oportunidade de descerrar as portas do Direito e de seus aplicadores à

cultura da mediação de conflitos como espécie de resposta oficial aos desvios se insistirmos em arrastar também os imberbes às masmorras. Boa parte de nossos jovens com condutas desviantes é cooptada pelas redes criminosas de comercialização de drogas.

A criminalização da posse de drogas, seja para uso ou comércio, representa um século de fracassos do Direito Penal e das agências policiais, ministeriais e judiciais encarregadas de lhe conferir efetividade. Adotamos, nessa temática, a mesma conduta irracional do médico que, sabedor da inocuidade e nocividade da medicação ministrada ao paciente, elevasse as doses dos remédios e intensificasse a terapia com a ilusória perspectiva de que evolução positiva daí sobreviria. Aproximadamente a quarta parte de nossa cifra (superior a três quartos de milhão) de encarcerados encontra-se nessa situação por prisão provisória ou condenação definitiva pelos crimes previstos em nossa lei de drogas. E, repita-se, nunca foi não fácil a transação, aquisição e consumo de drogas. E, nem por isso, reconheceu o legislador a inadequação da pura contenção sancionatória, mas, pior e ao revés, recentemente elevou os patamares punitivos da conduta rotulada “tráfico” fazendo com que a sanção cominada a esta superasse, até, aquela prevista para o homicídio básico (atentatório a um bem jurídico dos mais valiosos que é a vida humana e, não, perigosa por presunção legislativa de um bem fluido e espectral que é a “saúde pública”).

Tudo isso ocorre em desconsideração a uma perquirição criminológica, sociológica e antropológica de quem esteja a compor a mais de centena de milhar de presos pelo rótulo “tráfico”. Serão todos “empresários” do narcotráfico, negociadores de vultosas quantidades de drogas? Ou, ao contrário, expressiva parcela desses processados e condenados refere-se a jovens do sexo masculino habitantes de áreas periféricas de grandes cidades e que, privados de escolarização e capacitação profissional, constituem mão de obra facilmente cooptável pelas redes internas de distribuição de entorpecentes? Insistiremos em endereçar-lhe exclusivamente o serviço público prestado pela polícia e justiça criminal, sonogando-lhes todos os outros que, como imperativo de respeito à dignidade fundante de nossa República, deveriam ser-lhes proporcionados no tempo e medida adequados?

Não bastante o acervo de leis criminais defasado, assistemático, ora insuficiente ora deficiente e, em qualquer caso, inadequado para atender às finalidades perseguidas pela sanção penal (que também não se mostram efetivas na manutenção de um estado utópico de ordem

ou paz pública), convive a sociedade brasileira com um modelo de agências policiais herdado do período ditatorial 1964-1985 onde cumpriu eficazmente o papel de sustentação ao regime ilegítimo de força então imposto.

Convive-se com um índice de letalidade policial inaceitável, sem que as cifras do extermínio policial sistemático e persistente, ano a ano, mereça reproche maior dos estamentos sociais que se imaginam imunes a tal tratamento diferencial dispensado, ordinariamente, como frisamos, a um público que se circunscreve aos jovens, negros, habitantes de regiões periféricas, com histórico de desagregação familiar, evasão escolar, desassistência social, contato precoce com a delinquência e drogas.

Não se desconhece a seletividade das agências legislativas e repressivas, respectivamente, no momento de rotulação das condutas incriminadas e na tarefa da persecução penal. Assim, seja no momento de tipificar comportamentos socialmente indesejados, seja no instante de perseguir seus presumidos (e antevistos) protagonistas, o Estado opera em desabrida afronta ao também basilar princípio da isonomia, fazendo com que a legislação pátria contemporânea ainda reserve certa similitude com as vetustas Ordenações Filipinas, contemporâneas da dominação lusitana.

Qual o caminho? O caminho começa por desfazer os caminhos do punitivismo e reconhecer que ingressamos em rota equivocada. Um olhar crítico – e que não pode deixar de ser cético – lançado de volta até a primeira metade do finado milênio, mostra que estamos punindo mais e “melhor” (sob prisma exclusivamente punitivista). Nunca a polícia prendeu tanto, em tempo algum a justiça condenou tanto, jamais os cárceres estiveram tão abarrotados e, nem por isso, foi saciado ou aplacado o tabu coletivo pela vingança.

Não será o incremento no rigor da punição que trará a almejada eficácia ao Direito Penal do século XXI. Erro monumental é correlacionar punitivismo com eficiência, isto é, acreditar que repressão massiva de comportamentos socialmente inadequados seja sinônimo de um direito penal apto a responder às inquietudes da comunidade. Pensamos que o caminho seja todo ao inverso: admitir que o direito penal, e seu instrumento que é o processo penal, na formatação atual, são inadequados para prover a pacificação social pela via da proteção a bens juridicamente relevantes e mediante os papéis retributivos, preventivos e ressocializadores da pena criminal.

O infrator que hoje queremos encarcerados é o bebê que veio à luz de um parto desassistido no corredor do hospital público, é a criança que estudou na escola onde falta qualidade de ensino e sobra desvalorização docente, é o habitante esquecido da comunidade onde inexistente infraestrutura urbana e presença oficial (exceto pelos letais carros policiais), é o passageiro do transporte público que se locomove em condições indignas, é o acusado a quem faltou a defesa adequada de direitos minguados, é o adolescente internado ou o condenado encarcerado sobre os quais nenhum efeito o isolamento social propiciou.

As lacunas significativas no espaço reservado aos réus nas cortes penais consubstanciam a eloquência não ouvida de que a seletividade do sistema de elaboração e persecução penal impede que ali se assemem aqueles que, ao fim e ao cabo, são os verdadeiros construtores da criminalidade, primeiro porque criam os códigos proibidos de conduta (conforme uma pauta própria de valores), segundo, porque detêm os aparatos de força pelos quais se processa a repressão oficial e, por fim, porque falham notória e impunemente na tarefa anunciada de “repersonalizar”.

Trata-se de desconstruir para reconstruir, pois somente uma reconfiguração normativa e operativa do sistema penal poderá re-presentar real alteração na perigosa rota adotada do “combate” ao crime (ou ao criminoso?) pela sua perseguição inclemente e punição sistemática (sempre que possível com simplificação das formas processuais e conseqüente acanhamento das liberdades individuais).

Assim deve ser: ou abandonamos a cruzada penal de combate aos marginalizados ou nos veremos fagocitados pela cultura de um punitivismo com limites sempre mais alargados e que terminarão avançando sobre direitos individuais sob pretexto de busca de uma eficiência estatal que jamais será alcançada. O efeito reflexo negativo é que a cultura pela repressão penal ampla, geral e irrestrita terminará por configurar um modo cultural mais abrangente de interação social e, então, estaremos condicionados à intolerância absoluta em relação ao diverso agir e pensar do próximo.

# Guerra às drogas no Brasil: Um *labeling approach* às avessas?

10

Andreza Cristina Mantovani<sup>1</sup>  
Luiz Rosado Costa<sup>2</sup>

## 1. Introdução

No décimo aniversário da Lei de Drogas em vigor no Brasil (n. 11.343/2006), algumas constatações são corriqueiras, como o incremento do encarceramento (desde a custódia provisória) e as condenações por tráfico, bem como a conhecida seletividade do sistema penal, que, de modo indisfarçável, mira sobre os moradores das periferias e os menos favorecidos com maior intensidade, tornando o morro como o local de onde parte o crime e de onde provém as drogas, como se os moradores dos bairros nobres e os consumidores das classes A e B em nada fomentassem o comércio das substâncias ilegais, com a mesma tranquilidade com que consomem álcool e tabaco em grandes quantidades.

O presente artigo coloca-se a par destas verificações, buscando verificar a estigmatização não sobre os usuários/dependentes/traficantes, mas sobre os tipos de drogas, evidenciando que o controle penal criminalizante se dá às avessas do que ocorre em relação à seleção dos indivíduos que desempenham o papel de criminosos (selecionados

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá - UEM. Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Mestre em Ciências Jurídicas pelo Programa de Mestrado da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Professora e Advogada.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá - UEM. Especialista em Aplicações Complementares às Ciências Militares pela Escola de Formação Complementar do Exército (EsFCEx). Professor e Advogado.

majoritariamente nos estratos sociais mais baixos), eis que a repressão penal às drogas consumidas por estes estratos se dá de forma menos intensa que em relação às drogas mais caras, consumidas pelos estratos sociais mais elevados. Justificando-se, dentro da lógica capitalista, pelo fato de a droga para estes estratos não ter função meramente recreativa (como são as drogas mais caras), mas funcionam como substitutos alimentares e ajudam a tornar suportável o regime de exploração laboral e péssimas condições de vida a que estão submetidos.

A demonstração empírica de tal fato se obtém do noticiário cotidiano, em que as apreensões das drogas “populares” aparecem de modo menos frequente e em menores quantidades. Ou seja, as drogas “populares” circulam muito mais livremente, posto que a seus usuários, excluídos de tudo, é necessário garantir o entorpecimento da droga, assegurando, de consequência, docilidade servil ao sistema de exploração contínua e de expropriação do tempo, da dignidade e de oportunidades legítimas, num labeling approach reverso, pois.

Ademais, como é sabido, o que torna uma droga lícita ou ilícita é apenas e tão somente o arbítrio das instâncias de controle estatal, o que nem sempre vem no esteio de estudos científicos, o mesmo controle que depois vai se exercer, com o monopólio da violência, sobre os corpos daqueles que ousarem entrar em contato com as substâncias proibidas pelo Estado.

Assim, ignorando as políticas de redução de danos e, principalmente, a questão como de saúde pública, o Brasil tem mergulhado profundamente na mistificação de condutas etiquetadas como desviantes apenas porque relacionadas com substâncias supostamente perniciosas à saúde pública – esta, como bem jurídico declarado, a ser protegido a todo custo, mediante uma cruzada institucional insana e ineficiente.

O presente trabalho aborda a mudança de orientação, necessária e urgente, que a política de drogas reclama, para que o país sobreviva às recentes posturas descriminalizantes, que espocam aqui e ali, em outras legislações nacionais, e possa avançar, senão (ainda) no sentido de abolição direta da penalização das condutas relacionadas às drogas ditas ilícitas, ao menos com uma postura sempre mais crítica, no afã de entender a questão como multifatorial e de saúde pública, prioritariamente.

Temos que esta alteração de postura, sobretudo no que pertine ao entendimento do processo de estigmatização e controle daí de-

rivado, sobre a população empobrecida e relacionado à questão das drogas, pode modificar significativamente o viés único até então, de enfrentamento e judicialização das condutas (guerra às drogas), para uma abordagem científica mais comprometida com as consequências para a saúde física e mental de importantes contingentes populacionais, aliviando o preconceito e estereotipização a que estão sujeitos os moradores dos bairros periféricos, despossuídos de tudo, alienados do ambiente urbano do qual são segregados pela lógica higienista, e das oportunidades comuns a todos que podem custear uma vida de menos privação e precariedade.

## 2. Estigma social relacionado às drogas: notas introdutórias

Muito importante em relação ao processo de etiquetamento sobre as drogas é compreender como se dá a formação do estigma em sociedade. Neste particular, o estudo acerca do chamado estigma social encontra na obra clássica de Goffman (1978) o seu marco teórico fundamental, na medida em que o autor analisa o estigma enquanto um sinalizador ou marca que designa o portador como “deteriorado” e, portanto, menos valorizado do que as pessoas (ditas) “normais”.

Poderíamos, a partir desse conceito inicial, definir o estigma social como uma marca física ou social de conotação negativa ou que leva o portador dessa “marca” a ser marginalizado ou excluído de algumas situações sociais (RONZANI: 2006, p. 25-32), apresentando forte impacto no valor atribuído a uma determinada identidade social.

Estudos recentes apontam uma natureza relacional, dinâmica e contextual do estigma social, que pode causar forte impacto à vida do sujeito estigmatizado, pois envolve aspectos muito abrangentes, como a formação e a transformação da identidade social desvalorizada. Indivíduos estigmatizados são tidos como “imperfeitos”, “comprometidos”, podendo mesmo ser *desumanizados*. (FURTADO; RONZANI: 2010)

Assim, quando se toma a raiz sociocultural de onde emerge o estigma, o contexto representa um importante elemento, em relação ao nível de consequências para o indivíduo estigmatizado (Heatherton: 2003). Estas consequências implicam num certo distanciamento social, atraindo resultados diretos e indiretos à saúde e ao bem-estar de quem é estigmatizado. Indiretamente, por exemplo, teríamos a dificuldade de acesso a cuidados em saúde, educação, emprego, moradia e outros.

Culturalmente, os estereótipos e estigmas são formados e mantidos conforme crenças arraigadas no entendimento que se detém sobre os objetos da estigmatização. O desconhecimento, portanto, sobre a complexidade dos fatores que levam aos comportamentos dos usuários de drogas alimenta o processo de marginalização e de repulsa social que os mesmos comumente enfrentam, partindo, muitas vezes da incapacidade das próprias famílias em lidarem com a questão.

Em nossos dias é inegável que uma das principais alavancas de formação, manutenção e mudança de crenças e atitudes é o que convençamos chamar de opinião pública (RAMOS: 2003) a qual, ao longo da história, deixa de ser comunicada pelo encontro direto entre pessoas ou grupos para ser comunicada pela mídia de massa, que se converte no principal propagador de ideias (IDEM).

### 3. Criminalização e desvio: o que a droga "escolhida" diz sobre o estigma que recai sobre o consumidor/usuário

No viés de análise da criminologia crítica, notadamente após a teoria do *labeling approach*, a criminalização das condutas ditas desviantes revela a função de contenção de categorias de indivíduos, particularmente incômodos para as instâncias oficiais de controle.

Sobre estas parcelas da população, o Estado faz recair com evidente peso a mão punitiva quando seleciona condutas que podem ser praticadas em outros estratos sociais sem, contudo, reclamarem a mesma "atenção".

Com enfoque específico nesta problemática, passamos a analisar de que modo o tipo de droga pode determinar um maior ou menor grau de etiquetamento das condutas a ela relacionadas e de que forma as subculturas delinquentes associadas podem ser diferenciadas em atenção ao adquirente/usuário da substância, especialmente no que toca ao poder aquisitivo.

De início convém salientar que o estigma que pesa em relação ao usuário da droga passa, antes, pela natureza da substância e pelo seu valor de mercado. Assim, é certo que o etiquetamento que o *dependente*, *viciado*, *traficante*, *usuário* comumente vai encarar como resposta à sua autonomia de vontade em intoxicar-se como queira e possa refere-se, primeiramente, ao tipo de droga de que se esteja falando.

Neste sentido, é notório que o índice de "repulsa", rejeição ou preconceito que as pessoas em geral manifestam pelo *crack*, por exemplo, é manifestamente maior do que o que se vê e ouve em relação ao uso de cocaína.

Uma das drogas em que o preconceito e o estigma surgem com mais evidência no sentido marginalizante, certamente é o *crack*, obtida do "lixo" da pasta-base da cocaína. Talvez mesmo a origem da droga, partindo do resíduo de outra, muito mais cara e, portanto, inacessível aos pobres e marginalizados, nos forneça uma pista sobre o etiquetamento resultante da sua aquisição e consumo<sup>3</sup>.

De há muito que as cidades brasileiras convivem com o espectro das chamadas "cracolândias", em que os usuários de *crack* circulam incessantemente, como zumbis, com suas faces encovadas, seus cachimbos, seus dedos queimados pelo processo do uso desenfreado e compulsivo da substância.

No caso específico do *crack*, tem-se que a rápida devastação, visível na fisionomia, e a corrupção generalizada da saúde física e, algumas vezes, mental, emerge diante do abandono e do rompimento dos laços familiares, o que normalmente leva os usuários a viverem nas ruas, principalmente para o uso da droga sem horários ou regras – o que a vida familiar, fatalmente, lhes resultaria.

Neste particular, o "gueto" em que a droga é consumida, distante das festas, do uso recreacional e da menor sombra de *glamour* (que ainda cerca o uso de outras drogas) funciona como importante fator de segregação dos usuários, tornando o *apartheid* destes indivíduos resultado direto do consumo.

Na visão higienista em que se ancoram as políticas urbanas atualmente encontradas nos grandes centros (arquitetura antimendigo em São Paulo, etc), verifica-se que os usuários de *crack* significam um novo problema urbano a ser equacionado:

A sociedade capitalista estabelece o consumo lícito e ilícito de mercadorias e produtos, inclusive de drogas. Em relação ao consumo de *crack*, o usuário geralmente consome nos espaços da cidade, ocupando os lugares públicos. A maioria das pessoas tem o imaginário social de que se devem tirar esses sujeitos das ruas, buscando "limpar" esses espaços – fazer a limpeza urbana. (BARD et al.: 2015).

<sup>3</sup> Popularmente observa-se que os usuários de *crack* recebem o apelido/rótulo de "noias" (de "paranoia", em alusão aos efeitos da droga.)

O preconceito e o estigma, enquanto processos sociais, que variam conforme o tipo de droga utilizado, e que se revelam muito maior em relação ao usuário de *crack* do que ao de outras drogas, podem ser aferidos mesmo entre os próprios usuários/dependentes em atendimento pelas redes públicas de saúde

Dentre as entrevistas coletadas, os discursos dos entrevistados revelam que os usuários de drogas são avaliados e estigmatizados de modos diferentes, dependendo do tipo de substância que usam, inclusive entre eles próprios. Aqueles que usam *crack* sofrem outra discriminação, por sua vez, maior e mais intensa. “Tanto é que eles aqui dentro do CAPS, quando eles se apresentam em grupo, o usuário de álcool diz “eu uso álcool, só álcool”, quer dizer que “eu sou melhor do que aquele que usa *crack*, porque eu uso só álcool” (IDEM).

O estereótipo entre os grupos de usuários também são comuns, eles os trocam entre si, às vezes com naturalidade de reconhecimento, às vezes num misto de asco e repreensão, de modo que o vício ou uso do outro é etiquetado por igualmente usuários, que não admitem a comparação.

Em recente e interessante estudo, pesquisadores portugueses conduziram uma análise sociológica sobre a chamada “cena punk”, da música portuguesa, em busca de dados sobre o consumo de drogas entre músicos e fãs do estilo e da relação entre este e os estigmas disseminados pela experimentação das drogas. A fala de um dos entrevistados é emblemática, na medida em que “separa”, claramente, a cocaína da heroína, no mesmo contexto em que explica o uso corrente de drogas entre os punks e alude a uma certa inevitabilidade de que isto ocorresse como se verificou nos idos dos anos 1970 e seguintes, em Portugal:

A heroína é anti *punk*. Completamente. Agora, tudo o resto... Agora, acho que a droga faz parte destes movimentos... *Punk* sem *speed*<sup>4</sup> não tinha sido o que é... Não só não lhes chegava a energia toda que eles tinham, ainda tinham que mamar mais um bocadinho... Mas acho que faz parte, e acho que faz parte da natureza do homem procurar

<sup>4</sup> Anfetamina.

coisas que te retirem um bocadinho da realidade. Todas as sociedades o têm e vão ter. Por isso, uma sociedade sem substâncias psicotrópicas não existe. (GUERRA; MOREIRA; SILVA: 2016)

Em relação às chamadas drogas lícitas, por sua vez, o problema é ainda mais sentido, na medida em que a própria categoria distinta tende a dificultar o usuário como o das demais drogas, havendo, mesmo, uma autovisão muito diversa dos dependentes de álcool e nicotina, por exemplo, quando comparados com usuários de outras substâncias.

De saída, precisamos compreender que o usuário das drogas lícitas simplesmente não é visto como usuário de drogas. Os indivíduos que bebem “socialmente”, ainda que consumam álcool todos os dias, jamais se dirão, ou serão vistas como, dependentes de álcool. Este enquadramento do indivíduo apenas se modifica quando se evidenciam os distúrbios normalmente associados com a dependência, como problemas familiares, de convívio social, ou relacionados ao trabalho/estudo e, ainda assim, as internações em clínicas especializadas e a própria pressão social sobre o dependente, para que busque ou aceite o tratamento do vício, é bastante atenuada quando comparada com a situação vivenciada no abuso de outras drogas. O álcool é tão aceito e sublimado, no sentido do vício, que o enquadramento da substância entre as demais drogas sempre soa estranhamente, dada a naturalização social sobre o consumo.

Especificamente em relação ao álcool, é possível verificar uma clara distinção entre ricos e pobres que sejam usuários cotidianos da droga. Enquanto os indivíduos com maior poder aquisitivo embriagam-se com bebida importada de boa qualidade, como uísque, vodka, cerveja puro malte e vinhos nobres, o consumidor periférico tem de contentar-se com aguardente da pior qualidade e, no máximo, cerveja.

É evidente, pois, que o etiquetamento sobre o tipo de álcool consumido não apenas existe como reserva ao usuário um tratamento totalmente diverso, seja do ponto de vista da reprovação social, seja pelo viés das instâncias de controle oficiais, como o policiamento ostensivo, por exemplo.

### 3.1. O estigma do abuso de álcool

Especificamente no campo da saúde coletiva, o processo de estigmatização é evidente em algumas áreas, particularmente sujeitas aos estereótipos e preconceitos e nas quais, muitas vezes, o estigma

principia já na definição do diagnóstico. Neste ponto, apesar da óbvia relevância do diagnóstico enquanto ferramenta de definição do tratamento mais adequado, o que se tem, muitas vezes, é que o enquadramento do problema a ser tratado assume uma conotação muito mais vinculada a uma questão moral que, propriamente, de saúde (NEVES: 2004, p. 7-14)

Pela própria natureza do atendimento (em rede), diversos profissionais de saúde lidam com alguns problemas sérios de forma compartilhada com a população geral, na qual se tende a classificar as pessoas em parâmetros de normalidade ou não, para então traçar as estratégias de controle e mitigação destes problemas, definindo, desta forma, alguns comportamentos desviantes na sociedade (ROOM: 2006, p. 31-9)

O uso de álcool e outras drogas certamente representa uma das questões de maior conotação moralizante no mundo (JOHNSTONE: 2010), passando a ser considerado principalmente um problema de cunho individual, em que o diagnóstico e o tratamento muitas vezes exacerbam os aspectos morais do uso. (NEVES: *Idem*)

Neste aspecto podemos citar a classificação vigente, durante muito tempo, dos usuários de álcool, que se polarizou entre aqueles que faziam “uso social” e os que eram “dependentes”. Como já referenciamos, um dos problemas está na aceitação da dependência como tal, o que, no álcool, é mais complicado pela naturalização (e até “glamourização” do abuso, encarado com muita permissividade pelo ambiente coletivo) em torno do vício. O estigma, carregado de conotações morais, associado ao “alcoólatra” ou “dependente de drogas”, tem levado pacientes, famílias e a sociedade (até mesmo os profissionais de saúde) a resistirem em aceitar ou utilizar o diagnóstico de forma inadequada. (RONZANI: 2005)

Certamente que a percepção dos danos associados ao problema do uso de álcool ou outras drogas também está associada a como a sociedade encara a questão (que, como vimos, deixa de ser vista como problema de saúde para se tornar, apenas, problema criminal). Assim, quando um paciente recebe o diagnóstico de alcoolista, além dos aspectos médicos ou psicológicos inerentes, a percepção social sobre esse problema influencia o peso do diagnóstico para o paciente (NEVES: *Idem*)

Portanto, diante de um contexto social como o nosso, que demoniza a questão, encarando o alcoolismo ou o uso de drogas com

inegável conotação moralizante, o estigma social se torna um grande problema<sup>5</sup>. Tanto é assim que muitas vezes o próprio profissional responsável pelo diagnóstico ou tratamento partilha do pensamento de que o uso de álcool é um vício ou fraqueza de caráter (ROOM: 2005), por exemplo, o que certamente representa um óbice a ser superado para o verdadeiro e efetivo enfrentamento da questão de saúde que as drogas representam.

#### 4. Drogas ilícitas: um labeling approach às avessas?

O combate às drogas ilícitas dos pobres, i.e. as etiquetadas como tal pelo baixo custo de aquisição e perfil dos usuários (*crack*, *óxi*), não é feito com a mesma intensidade com que é feito às drogas dos estratos sociais médios e altos (p.e. cocaína, heroína e maconha).

Cogitamos que a explicação para tal fato se deva ao uso não meramente recreativo das drogas mais “baratas”. As mesmas, além do uso recreacional, desempenhariam, neste contexto, uma função equilibradora dentro do sistema de produção capitalista, ajudando a tornar minimamente suportáveis as condições insalubres de trabalho e de vida das classes mais exploradas e à margem do mercado de consumo de bens e serviços.

A literatura é pródiga em contextualizar o consumo de álcool como lenitivo das deterioradas condições de vida, sobretudo nas periferias das cidades, em que se abrigam, historicamente, as classes operárias, depois de esfoladas até a exaustão por patrões e senhores de toda a sorte. Assim se dá com a obra-prima de Aluizio de Azevedo, “O Cortiço” (AZEVEDO: 2013), em que os personagens estão sempre às voltas com as substâncias que aparecem como tábuas de salvação em meio à miséria e desesperança da aspreza cotidiana

Um dia, Piedade levantou-se queixando-se de dores de cabeça, zoadas nos ouvidos e o estômago embrulhado; aconselharam-lhe que tomasse um trago de parati. Ela aceitou o conselho e passou melhor. No dia seguinte repetiu a dose;

<sup>5</sup> Saliente-se que este estigma não é atribuído de forma igualitária às diferentes classes sociais, veja-se, por exemplo que enquanto o apreciador de vinho, bebida que pelo seu alto preço em geral é mais consumida pelos estratos sociais mais elevados, recebe o elogioso rótulo de “enólogo” que confere até ares de uma ciência, quem aprecia a cachaça, bebida mais popular nos estratos sociais mais baixos, é pejorativamente rotulado de “cachaceiro”.



deu-se bem com a perturbação em que a punha o álcool, esquecia-se um pouco durante algum tempo das amofinações da sua vida; e, gole a gole, habituara-se a beber todos os dias o seu meio martelo de aguardente, para enganar os pesares.

Como bem nos assinala Eduardo Galeano (1985, p. 58, grifos nossos), a função lenitiva das drogas já era desempenhada desde a idade moderna na América Espanhola:

O consumo de coca, que não nasceu com os espanhóis; já existia nos tempos dos incas. A coca se distribuía, entretanto, com moderação; o governo incaico tinha o monopólio e só permitiu seu uso com fins rituais ou **para o duro trabalho nas minas. Os espanhóis estimularam intensamente o consumo de coca.**

Mais recentemente, na mesma linha, Maria Lúcia Karam destaca também o papel substitutivo das drogas em relação aos alimentos e a pouca preocupação com o combate, por exemplo, à prática de “cheirar cola”:

Pense-se também, hoje, no Brasil, na evidente relação entre a fome, as precárias condições de vida e a cachaça (mais barata do que o feijão), a fome, o abandono das crianças de rua e a prática de cheirar cola, substitutivos alimentares para o corpo e para o espírito, ao trágico preço da abreviação da vida. E essa prática de cheirar cola, não atingindo os filhos das classes dominantes ou das classes médias, tampouco atinge o mesmo nível de preocupação que são capazes de causar o uso de maconha, ou o uso de cocaína, ou até mesmo o uso de heroína.

Assim, apesar de frequentes as notícias na mídia acerca de apreensões de drogas pela polícia, observa-se que elas se dão principalmente em relação às drogas que, pelo preço, são consumidas preferencialmente pelas classes média e alta, visando, aparentemente, à proteção do bem jurídico tutelado pela lei de drogas, a “saúde pública”<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Conforme estatística publicada pela própria Polícia Rodoviária Federal do Paraná, entre os anos de 2009 e 2015 foram apreendidos 4.685 kg de crack, 4.182 kg de cocaína e 281,7 toneladas de maconha (POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL: 2016). Atentemos para o fato de que apreensões de óxi – droga derivada e mais

Quanto às drogas dos estratos mais baixos (*crack e óxi*), embora tenham chegado a um nível epidêmico de consumo, não ocorre um volume de apreensões proporcional ao consumo, sugerindo que ocorre, *in casu*, um *labelling approach* às avessas<sup>7</sup>:

A lógica do mercado aplicada ao narcotráfico, pelos riscos envolvidos na circulação/distribuição, explica o alto custo das drogas ilícitas se comparado ao custo que teriam se fossem legalizadas:

Así, al analizar los costos sociales del sistema de control penal sobre la droga, es posible y oportuno destacar el hecho ya estudiado en profundidad por la ciencia económica, particularmente en el marco de la teoría sistémica del mercado<sup>31</sup>, de que la penalización de las drogas incorpora una variable artificial de efectos trascendentes a la estructura del mercado de las mismas. Esto significa un aumento de más de mil veces del precio “en la calle” de las sustancias en comparación con lo que podría ser su valor en un mercado sin prohibición legal (BARATTA: 2016)

Pelo fato de o risco envolvido na distribuição e circulação das drogas consumidas preferencialmente pelos estratos socialmente mais baixos ser menor<sup>8</sup>, elas tenderão, pelas leis do mercado, a permanecerem baratas e, assim, atreladas às classes sociais que as podem comprar, aplicando-se a mesma lógica em relação às drogas mais caras. A estigmatização às avessas, assim, se autorreproduz.

Diante do que foi exposto, pode-se inferir que as drogas consumidas pelas classes mais altas são mais combatidas para assegurar a sua incolumidade (“saúde pública”), enquanto que as drogas rotuladas como de consumo das classes mais baixas são combatidas de forma mais branda para que elas continuem desempenhando seu papel substitutivo dos alimentos e, principalmente, seu papel lenitivo de tornar suportável as insuportáveis condições de vida a que, são submetidos.

barata que o crack e que já chama alguma atenção pelo aumento do consumo (SENADO FEDERAL: 2016) - não são sequer mencionadas

<sup>7</sup> No sentido de que enquanto pela teoria do *labeling approach* são preferencialmente rotulados como criminosos, e visados como tal pelo sistema penal, os membros dos estratos sociais mais baixos, por sua vez, as drogas (não os traficantes, frise-se) mais visadas pelo sistema penal, ao contrário, aparentam ser aquelas dos estratos sociais mais altos.

<sup>8</sup> Verificada pela menor repressão, em larga escala, incidente sobre a circulação das mesmas.

## 5. Conclusões

Da verificação do preconceito e do estigma que, como visto, recaí com diferente intensidade conforme o tipo de droga usada e, tão logo, sobre o poder aquisitivo do usuário/dependente, pode-se avaliar o quanto os processos de estereotipização marginalizam e reforçam os padrões de exclusão social, afetando mais pesadamente as pessoas envolvidas com algumas drogas ilícitas (tidas como drogas da população pobre) de modo muito mais incisivo que outras, consumidoras de drogas que demandam melhor condição financeira (drogas *glamourizadas* por serem consumidas pelas classes média e alta).

O estigma pesa mais, portanto, sobre o despossuído, naturalmente já vulnerabilizado pela incapacidade de integrar o mundo do consumo<sup>9</sup>, que é visto em várias acepções como um “problema” social (nunca uma preocupação), e o estigma volta-se com muito menos violência sobre o indivíduo abastado, rico, que tem “status”, para quem a sociedade dedica um olhar um tanto mais tolerante e a quem a mesma sociedade resiste em rotular com as etiquetas mais preconceituosas (“viciado”, “drogado”). O filho da classe média/alta, “envolvido com drogas”, transmuda-se em problema médico, mobiliza as finanças da família, é internado para tratamento nas melhores clínicas, é custodiado para ficar em segurança e longe do contexto do vício, enquanto que o filho das famílias da periferia é cooptado pelo sistema criminal, selecionado como alvo da perseguição penal e da guerra às drogas e é retirado de circulação para engrossar o caldo do encarceramento massivo que grassa no país, permanecendo confortavelmente distante e segregado, porque sua escolha de usar a droga torna-o criminoso.

A questão, portanto, do uso e abuso de drogas, apenas se coloca como de saúde quando estas drogas são elitizadas, preferencialmente consumidas socialmente, em festas concorridas, se a droga é o crack, ou qualquer outro “lixo” de drogas mais caras, o problema se torna exclusivamente legal.

Ademais verificou-se que a repressão às drogas não se dá de maneira uniforme, sendo mais intensa em relação às drogas consumidas pelos estratos sociais médios e altos, visando à proteção da “saúde

<sup>9</sup> Nas palavras de Zygmunt Bauman, “consumidores falhos” ou aqueles “cujos meios não estão à altura dos desejos” (1999..p.57).

pública”, enquanto que as drogas mais baratas, apesar de serem mais destrutivas, têm uma repressão mais branda, porque não apenas recreacionais, elas desempenham um papel lenitivo às péssimas condições de vida e trabalho além de servirem como substitutivo alimentar. Ocorrendo o que aparenta ser um *labeling approach* às avessas.

Cumprem-nos, por fim, além de problematizar estas questões, acerca do etiquetamento envolvendo a questão multifatorial das drogas e de seu uso como conduta desviante, jamais perder de vista que o Estado detém legitimamente o poder de manter parcelas inteiras da população neste crescente processo de exclusão social por conta da escolha político-criminal em combater as drogas como quem combate uma guerra. Escolha esta, diga-se, de retumbante fracasso. E isto precisa ser revisto.

Verificamos, nesta breve análise, que as informações preconceituosas e incompletas acerca do uso de drogas, em nosso país, seriam capazes de gerar discussões que podem ser estratégicas para o aumento ou a diminuição do estigma e da discriminação.

Não podemos mais fugir ao óbvio necessário, que é problematizar o que se sabe sobre uso e abuso de drogas e o que se faz com tais informações, de modo que, institucionalmente, o Estado deveria informar o real conceito de drogas e do uso das mesmas, desvinculando-o, portanto, dos conceitos de marginalidade e criminalidade, em oposição ao viés reducionista e emocional, mobilizado pelo preconceito, que totaliza a vida do usuário e sua família, excluindo socialmente.

Uma sociedade só pode se dizer madura, de fato, quando consegue alocar suas grandes questões em seus devidos lugares: o uso ou abuso de drogas pode ser visto como problema de saúde, jamais como problema criminal. Enquanto tomarmos a questão do ponto de vista criminalizante estamos sinalizando valores e concepções de viés moralizante, desprezando o contexto social formador das subjetividades e ignorando completamente a história pessoal dos usuários.

Conscientizar a sociedade acerca da estigmatização do pobre, pela via da estigmatização sobre determinadas drogas, mais que sobre outras (direcionadas aos usuários ricos) pode ser a chave para a quebra de preconceitos arraigados e impeditivos do avanço coletivo no tratamento da questão, que interessa a todos e que pode resultar, diretamente, em incremento do tratamento de saúde daqueles que necessitem.

■ Acreditamos que suprimido o véu do preconceito, apercebendo-nos do estigma seletivo que atua sobre as populações mais carentes e da diversidade de tratamento que a sociedade lhes destina, por conta da miséria e não do uso de drogas, poderemos oferecer aos indivíduos as redes de cuidados e os espaços da cidade, como devemos oferecer-lhes, também, o direito a exercerem a autonomia de suas vontades (o que o paternalismo legal visa impedir, criminalizando as condutas).

## Referências

- AZEVEDO, Aluísio de. *O cortiço*. São Paulo: Saraiva, 2013 [livro digital]
- BARATTA, Alessandro. **Introducción a la sociología de la droga**. Disponível em: <[http://www.alfonsozambano.com/doctrina\\_penal/introduccion\\_sociologia\\_drogas.pdf](http://www.alfonsozambano.com/doctrina_penal/introduccion_sociologia_drogas.pdf)>. Acesso em: 10 de julho de 2016
- BARD, ND, Antunes B, Roos CM, Olschowsky A, Pinho LB. **Estigma e preconceito: vivência dos usuários de crack**. Rev. Latino-Am. Enfermagem. 2016;24:e2680. Disponível em: <[http://www.scielo.br/pdf/rlae/v24/pt\\_0104-1169-rlae-0852-2680.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rlae/v24/pt_0104-1169-rlae-0852-2680.pdf)>. Acesso: 07.07.2016.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.
- FREITAS, Tatiana. **Renda aumenta procura por destilados**, 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/09/1515726-renda-aumenta-procura-por-destilados.shtml>>. Acesso em: 07.07.2016.
- FURTADO, Erikson Felipe, ROZANI, Telmo Mota. **Estigma social sobre o uso de álcool**. J. Bras. Psiquiatr. 2010; 59(4):326-332. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/jbpsiq/v59n4/10.pdf>. Acesso: 08.07.2016.
- GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Tradução: Galeno de Freitas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.
- GOFFMAN, Erving. **Estigma. Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar; 1978.
- HEATHERTON Todd F., Kleck, RE, Hebl MR, Hull JG (orgs). **Social psychology of stigma**. New York: Guilford Press; 2003.
- JOHNSTONE, Megan-Jane. **Stigma, social justice and the rights of the mentally ill: challenging the status quo**. Aust N Z J Ment Health Nurs. 2001;10:200-9. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11703270>>. Acesso: 07.07.2016.
- KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói: Luam, 1991.
- NEVES, Delma Pessanha. **Alcoolismo: acusação ou diagnóstico?** Cad. Saúde Pública. 2004;20(1):7-14.
- POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. **PRF apreende 60,8 toneladas de maconha e 1.443 quilos de cocaína em 2015 no Paraná**; resultado é recorde. Disponível em: <<https://www.prf.gov.br/portal/noticias/regionais/pr/prf-apreende-60-8-toneladas-de-maconha-e-1-443-quilos-de-cocaina-em-2015-no-parana-resultado-e-recorde>>. Acesso em: 10 de julho de 2016.
- RAMOS, Arthur. **Introdução à psicologia social**. São Paulo: Casa do Psicólogo; 2003.
- RONZANI, Telmo Mota, ANDRADE, Tarcisio M. de. **A estigmatização associada ao uso de substâncias como obstáculo à detecção, prevenção e tratamento**. In: SENAD. Sistema para Detecção de Uso Abusivo e Dependência de Substâncias Psicoativas, Brasília, DF: SENAD; 2006, p. 25-32.
- RONZANI, Telmo Mota. **Avaliação de um processo de implementação de estratégias de prevenção ao uso excessivo de álcool em serviços de atenção primária à saúde: entre o ideal e o possível**. [tese] Escola Paulista de Medicina, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo; 2005.
- ROOM, Robin. Taking account of cultural and societal influences on substance use diagnoses and criteria. *Addiction*. 2006;101(Suppl 1): 31-9.
- ROOM, Robim. **Stigma, social inequality and alcohol and drug use**. *Drug Alcohol Rev*. 2005;24:143-55. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/16076584>>. Acesso: 08.07.2016.
- SENADO FEDERAL. **Óxi é uma variação de pior qualidade**. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/crack-chama-a-atencao-para-dependencia-quimica/oxi-e-uma-variacao-de-pior-qualidade.aspx>> Acesso em: 10 de julho de 2016.
- SAKAMOTO, Leonardo. **Álcool não é droga. Afinal, droga é o que os outros usam**. Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/05/alcool-nao-e-droga-afinal-droga-e-o-que-os-outros-usam.html>>. Acesso em: 07.07.2016.
- VILLA-LOBOS, Dado et al. **Mais do mesmo**. In: LEGIÃO URBANA. **Acústivo MTV**. São Paulo: EMI, 1999. CD

# Horizonte de projeção da criminologia crítica na política de drogas no Brasil

11

*Adrian Barbosa e Silva<sup>1</sup>*

“[...] Não é possível revirar todos os valores? E o Bem não seria o Mal? e Deus apenas uma invenção e finura do Demônio? Seria tudo falso, afinal? E se todos somos enganados, por isso mesmo não somos também enganadores? Não temos de ser também enganadores? – tais pensamentos o conduzem e seduzem, sempre mais além, sempre mais à parte”.

*(Nietzsche)*

## 1. Aspectos introdutórios (ou pela iminente problematização da política de drogas desde o aporte criminológico-crítico)

Ainda que de forma indeterminada e imprecisa, a experiência histórica revela que as sociedades humanas erguidas ao longo do processo civilizatório tiveram (assim como ainda têm) constante convivência com determinadas espécies de drogas<sup>2</sup>, produzindo, conseqüentemente,

<sup>1</sup> Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Mestre em Direito (área de concentração em Direitos Humanos) pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Coordenador do Grupo Cabano de Criminologia (GCRIM). Advogado. E-mail: [adrian\\_abs26@hotmail.com](mailto:adrian_abs26@hotmail.com).

<sup>2</sup> “Toda sociedade possui as suas drogas. A cada estrutura social corresponde uma estruturação do uso da droga adequada a ela, tanto com relação à substância como no que diz respeito às características dos consumidores e do tipo de consumo. Desta forma, a Idade Média apresentava um gosto marcante por pratos com tempero ocidental – uma forma de apetite que desapareceu repentinamente no

distintas e mutáveis programações políticas dotadas de representações, funcionalidades e horizontes de compreensão próprios, sejam estes culturais, econômicos, médicos, e, dentre outros, jurídicos, sob o prisma normalizador-sancionatório. No acompanhamento das abordagens, constata-se conjuntamente a existência de diversos saberes especializados direcionados a investigar a droga e sua sistematização política, seus efeitos micro e macro, como os da neurociência, sociologia, antropologia, criminologia etc.

Diante disso, este ensaio intenta problematizar a atualidade da política criminal de drogas no cenário brasileiro, inserindo-a no contexto da transnacionalização da *war on drugs* norte-americana para a América Latina, a partir do referencial da teoria crítica do controle social (criminologia crítica<sup>3</sup>), cabendo precisa delimitação: “Droga é uma palavra criada pela proibição. Na realidade, o que existe são tóxicos. Tóxicos: alguns deles são proibidos e justamente esses que são proibidos se chamam drogas”<sup>4</sup>. A droga é que um criação política.

---

século XVII; os aristocratas do século XVIII bebiam preferencialmente chocolate, enquanto a burguesia se fixou no consumo do café. No século XVIII, o tabaco era aspirado, ao passo que antes era fumado em cachimbo e depois sob forma de charuto (séc. XIX) e cigarro (séc. XX). O ópio e o haxixe foram livremente utilizados como meios usuais de cura e para a obtenção de prazer, sem que sequer se falasse de dependência; mas logo a seguir, subitamente tratados como drogas e como tais proibidos. O Papa Leão XIII tomava cocaína junto com vinho, louvando-a pessoalmente como benfeitoria da humanidade (*benefactor humanitis*) – e pouco mais tarde a cocaína era perseguida como substância diabólica. Outras drogas também passaram por semelhantes ‘carreiras’ e súbitas ‘passagens de status’ (*rites de passage*) ou ainda passarão por elas, sendo possível também haver um vaivém frequente, em múltiplos estágios intermediários, entre a permissão e a proibição” (SCHEERER, Sebastian. Teses para a aporia do discurso médico-jurídico. In: GONÇALVES, Odair Dias; BASTOS, Francisco Inácio (Org.). **Só Socialmente...** Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992, p. 66).

<sup>3</sup> Se a rigor não existe a senão as criminologias críticas, este aporte deriva de uma pluralidade de iniciativas reativas ao paradigma etiológico sobre a questão criminal e, não obstante o caráter heterogêneo, sustenta uma *unidade crítica* a partir de três questões em comum: (a) negação do pressuposto do delito natural; (b) constante autocrítica a que se submete o pensamento crítico; e (c) a reflexão sobre as relações entre indivíduo e autoridade (preocupação com a ordem social) (CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.º 104, set/out, 2013, pp. 288-289).

<sup>4</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Guerra às drogas e letalidade do sistema penal. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 16, n.º 63, out./dez., 2013, p. 115.

Fato é que se por um lado o contato humano com substâncias tóxicas corresponde ao próprio contato do homem com a natureza, no seio das relações de domínio/conquista e de aplicação da técnica, a história do “proibicionismo”<sup>5</sup> é bem recente e, certamente, data cerca de um pouco mais de cem anos. É preciso ficar claro que o ponto nodal não diz respeito propriamente às consequências psicoativas das substâncias tornadas ilícitas (*problemas primários*), mas como a repressão criminalizante tem papel medial à problemática estrutural do sistema penal e das redes de expansão dos horizontes de punitividade (*problemas secundários*)<sup>6</sup>.

A investigação criminológica a propósito do proibicionismo das drogas é imprescindível posto que os processos de criminalização e combate belicista à “criminalidade” evidenciam a crença na pena como portadora dos fins de defesa social e, logicamente, das ideias de proteção de interesses sociais fundamentais da sociedade (*v.g.* “saúde pública”) a partir da prevenção e da repressão à determinadas condutas desviantes tornadas ilícitas, oferecendo elementos para um diagnóstico sobre (in)factibilidade da missão político-criminal, para além de especulações impalpáveis e concentrando-se no empírico, que assessora no desvelo das reais intenções (não declaradas) de um projeto afeito à hegemonia do capitalismo globalizado neoliberal.

Neste sentido, visa-se projetar os aportes teóricos da criminologia contemporânea à política criminal de drogas brasileira buscando analisar a programação proibicionista desde o ponto de vista da questão criminal<sup>7</sup> introduzida na reflexão de um modelo integrado de ciências

---

<sup>5</sup> Segundo Karam, em uma primeira aproximação, entende-se o proibicionismo como “um posicionamento ideológico de fundo moral, que se traduz em ações políticas voltadas para a regulação de fenômenos, comportamentos ou produtos vistos como negativos, através de proibições estabelecidas notadamente com a intervenção do sistema penal – e, assim, com a criminalização de condutas através da edição de leis penais –, sem deixar espaço para as escolhas individuais, para o âmbito de liberdade de cada um, ainda quando os comportamentos regulados não impliquem em um dano ou em um perigo concreto de dano para terceiros” (KARAM, Maria Lúcia. Legislações Proibicionistas em Matéria de Drogas e Danos aos Direitos Fundamentais. **Verve**, São Paulo, n.º 12, 2007, pp. 181-182).

<sup>6</sup> Cf. HULSMAN, Louk; VAN RANSBEEK, Hilde. Evaluation critique de la politique des drogues. **Déviante et Société**, Genève, vol. 7, n.º 3, pp. 271-280, 1983.

<sup>7</sup> Campo com abrangência a diversos objetos de análise (*v.g.* crime, penalidade, controle social, segurança etc.), desde o esforço crítico de observação do di-

criminais, tendo como norte uma percepção teórico-crítica dos direitos humanos questionadora da repressão penal e, como hipótese, a assertiva de que a política criminal de drogas no Brasil carrega amarras positivistas legitimadoras do punitivismo e do genocídio da juventude negra face ao grande encarceramento, tensionando seus fundamentos epistemológicos e ideológicos.

Por fim, a partir do seguinte interrogante “em que medida a política criminal de drogas no Brasil é compatível com a tutela dos direitos humanos e o projeto democrático?” objetiva-se complexificar o debate em nossa margem e impulsionar a construção de uma visão crítica que radique a defesa intransigente dos direitos humanos no esteio da consolidação democrática.

## 2. Política de guerra às drogas no Brasil: programação criminalizante e pretensões político-criminais declaradas

Desde há muito foram superadas as (re)construções lineares e evolutivas da história, sendo crucial compreender seus capítulos enquanto rupturas e permanências. Assim, se por um lado pretende-se não incorrer em reducionismos historiográficos, por outro, indubitável que se trata de condição de possibilidade do conhecimento pensar o passado num *continuum* com o presente<sup>8</sup>. À luz disso, abordar os principais momentos legais de criminalização das drogas implica reportar o entendimento político-ideológico das incursões penais na atualidade.

No Brasil, é nas Ordenações Filipinas (Livro V, Título LXXXIX – “Que ninguém tenha em sua casa rosagar, nem o venda nem outro material venenoso”) que se apercebe a primeira vedação normativa ao uso, porte e comércio de substâncias entorpecentes, tendo sido

---

reito penal e da sociologia do desvio, sob uma ótica não-hermética e aberta a diversos campos do conhecimento (v.g. política, cultura, economia, psicanálise etc.), a expressão se consagra no âmbito das ciências criminais com a fundação da revista italiana *La Questione Criminale* (1975), por Alessandro Baratta e Franco Bricola, vindo a se tornar *Dei Delitti e delle Pene* (1983) e, atualmente, após o falecimento de Baratta, *Studi sulla Questione Criminale. Nuova serie di Dei Delitti e delle Pene*, sob a direção de seus discípulos: Dario Melossi, Tamar Pitch e Giuseppe Mosconi, tendo Massimo Pavarini falecido em 29.09.15.

<sup>8</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método – I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 13ª ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 430.

omitida no Código Penal do Império (1830), mas estando presente no Código Penal da República (1890), no rol de “Crimes contra a Tranquilidade Pública” (Título III, Parte Especial; art. 159 “Expôr à venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legítima autorização, e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários”).

Em 1912, o Brasil subscreve o protocolo suplementar da Conferência Internacional do Ópio, que ocorrera em Haia, tendo o Decreto nº. 2.861, de 08.07.14 sancionado resolução que aprovou a adesão por parte do Congresso Nacional. Na expressão da Convenção Internacional sobre o Ópio (1912) – primeira ação internacional, diga-se –, adotada pela Liga das Nações, anota Nilo Batista que é a partir do Dec. 11.481, de 10.02.15, que “[...] a política criminal brasileira para drogas começa a adquirir uma configuração definida, na direção de um modelo que chamaremos ‘sanitário’ e que prevalecerá por meio século”<sup>9</sup>. Com a Consolidação das Leis Penais (1932), acrescenta-se condutas em doze novos parágrafos referentes ao art. 159, CP.

Interessante atentar que “embora sejam encontrados resquícios de criminalização das drogas ao longo da história legislativa brasileira, somente a partir da década de 40 é que se pode verificar o surgimento de *política proibicionista sistematizada*”<sup>10</sup>, o que ocorrerá na continuidade da intensificação repressiva dos Decretos 780/36 e 2.953/38, com o advento da Convenção para Limitação da Fabricação e Regulação da Distribuição de Drogas Narcóticas – Convenção de Genebra (1931) –, a partir do Decreto-Lei 891/38. Posteriormente, ocorrerá a recodificação com o advento do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/40), sob a epígrafe “comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes” (art. 281, CP), e que será, com o passar dos anos, complementada pelo Decreto-Lei 4.729/42 (cultivo) e Lei 4.451/64 (plantação).

Rosa del Olmo atesta que na década de 50 *experts* internacionais (v.g. Organização Mundial da Saúde e Organização das Nações Unidas) passaram a emitir observações e medidas de controle farmacológicas, médicas e jurídicas, deslocando o problema da droga à esfera da saúde pública, difundindo no espaço internacional os modelos ético-jurídico

---

<sup>9</sup> BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Discursos Seduciosos**, Rio de Janeiro, v. 5/6, 1998, p. 131.

<sup>10</sup> CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 59.

e médico-sanitário. Predominando o discurso ético-jurídico – cujo principal veículo de divulgação será o Protocolo para Regularizar o Cultivo de Papoula e o Comércio de Ópio, assinado em Nova Iorque (1953) –, forja-se o estereótipo moral que liga a droga à *periculosidade* (o consumidor adquire ares patológicos de vício e degeneração), dando-se espaço para a insurgência do *modelo médico-sanitário*<sup>11</sup>. A década de 60 pode ser compreendida como o momento de consolidação definitiva do discurso médico, passando a droga a ser sinônimo de *dependência*. Por sinal, a entrada do Brasil no cenário internacional de repressão às drogas “[...] ocorrerá somente após a instauração da Ditadura Militar, com a aprovação e promulgação da Convenção Única sobre Entorpecentes pelo Decreto 54.216/64, subscrito por Castello Branco”<sup>12</sup>.

Na conjuntura ditatorial, perpassando o contexto de bipolarização mundial em vista da guerra fria na esteira do capitalismo industrial de guerra – momento de *boom* das drogas, contraculturas, movimentos de protesto político, guerrilhas latino-americanas etc. –, o golpe de Estado irá alinhavar o modelo sanitário à perspectiva bélica, conjuntura propícia para a insurgência da *doutrina da segurança nacional*, fundada em 1949 na Escola Superior de Guerra, inspirada na National War College que, por sua vez, seleciona o “inimigo interno”, qual seja o “uso de tóxicos” tido como “tática da guerra revolucionária contra a “civilização cristã”<sup>13</sup>.

Num período de expansão do consumo das drogas – não mais apenas de negros, pobres, porto-riquenhos, mexicanos, delinquentes, mas também a juventude branca de classe média norte-americana –, Rosa del Olmo analisa que a questão da droga será apresentada como uma verdadeira “luta entre o bem e o mal”, sendo ela própria demonizada, conjuntamente com seus adquirentes “vampiros” que ameaçam a tranquilidade dos “filhos de boa família”. Surgirá assim um duplo discurso sobre a droga: *discurso médico-jurídico* (conjunção do modelo médico-sanitário – *estereótipo da dependência* – e do modelo ético-jurídico – *estereótipo do criminoso*), “o qual serviria para estabelecer a **ideologia da diferenciação**, tão necessária para

<sup>11</sup> OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Trad. Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, pp. 30-33.

<sup>12</sup> CARVALHO, **A política criminal...**, pp. 61-62.

<sup>13</sup> BATISTA, **Política criminal com derramamento...**, p. 138.

poder distinguir entre consumidor e traficante. Quer dizer, entre doente e delinquente”<sup>14</sup>.

Em 1971, a partir da expansão do uso da heroína pós-guerra do Vietnã, o então presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon, declara serem as drogas “o primeiro inimigo público não econômico”, sendo este o marco da *war on drugs* que viria a se consolidar com Reagan e, posteriormente, com Thatcher, na Inglaterra da década de 80<sup>15</sup>. Destaca Orlando Zaccone<sup>16</sup> que, com a eclosão da declaração de guerra às drogas e explosão dos movimentos de lei e ordem nas décadas seguintes, o modelo médico-jurídico passa a delinear o modelo jurídico-político em que o traficante passa a ser visto como “inimigo”, enquanto aos usuários são oferecidas alternativas descriminalizantes que vão além do tratamento médico-compulsório.

Dada a transnacionalização, em 1976 tem-se a entrada em vigor da Lei n.º 6.368/76, legislação antidrogas hoje revogada pela atual Lei n.º 11.343/06, que instituiu o Serviço Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) e “prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes” (art. 1.º). Desde o art. 3.º<sup>17</sup> do referido diploma legal, ficam claros aqueles que seriam os objetivos declarados da política de drogas brasileira: (a) *prevenção* do

<sup>14</sup> OLMO, **A face oculta...**, p. 34, grifo nosso.

<sup>15</sup> “Com o consumo de heroína se elimina, em matéria de segurança, o *inimigo interno*, mas começa a surgir no começo dos anos setenta a discussão sobre o *inimigo externo*, referindo-se particularmente ao tráfico. Era a forma de responsabilizar pelo consumo de drogas no ‘Mundo Livre’ um país então inimigo; discurso que se difundiria rapidamente em outros países na mesma época com grande intensidade” (OLMO, **A face oculta...**, p. X). Sobre a guerra às drogas arquitetada pelos EUA, cf. DRUG POLICY ALLIANCE. **A brief history of drug war**. Available at: <<http://www.drugpolicy.org/new-solutions-drug-policy/brief-history-drug-war>>. Accessed 09 July 2016.

<sup>16</sup> D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**: Quem são os traficantes de drogas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 88.

<sup>17</sup> “Art. 3.º. O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas; II - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas”.

uso indevido (figura do usuário) e (b) *repressão* ao comércio (figura do traficante), ambas face às drogas tornadas ilícitas.

Sustentando sempre o respeito aos direitos humanos<sup>18</sup>, a finalidade última da legislação, tal qual vem entendendo a doutrina nacional, é a proteção da saúde pública, a qual pretende fazer a partir da criminalização sobretudo a partir, ademais de outros tipos penais, dos delitos de tráfico de entorpecentes (art. 33<sup>19</sup>) e consumo de drogas (art. 28<sup>20</sup>), consolidando a “ideologia da diferenciação”. Eis o discurso oficial: portador de uma visão globalizante do crime e da pena chamada de “ideologia da defesa social”, isto é, a ideologia própria da ciência penal cuja função principal é a justificação e a racionalização do sistema de controle social em geral (mas em particular, do controle punitivo) como prática científica de defesa da sociedade contra o crime<sup>21</sup>, realocando funcionalidade social ao penal, neste caso, aplicada às drogas, ponto comum entre as legislações brasileiras que apenas cambiaram de acordo com a tática reativa de controle.

### 3. Modelo integrado de combate às drogas e defesa social

Pensar a questão das drogas (objeto de análise) a partir da criminologia reclama problematização de seus próprios horizontes enquanto saber na atualidade, sendo o “curso dos discursos sobre a questão criminal”<sup>22</sup> uma interessante chave de compreensão, é dizer,

<sup>18</sup> “Art. 4º. São princípios do Sisnad: I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade; [...]”.

<sup>19</sup> “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”.

<sup>20</sup> “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”.

<sup>21</sup> PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**: Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Trad. Ignacio Muñagorri. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002, pp. 49-50.

<sup>22</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La criminología como curso. In: **En torno a la cuestión criminal**. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2005.

a transmutação de conhecimentos forjados no cenário de específicas estruturas geopolíticas e econômicas, cujas programações políticas sobre o controle e a administração do delito (modelos integrados de ciências criminais) condizem com as sociedades em que foram instituídas.

Com os trabalhos desenvolvidos na “Escola sociológica” francesa, de Gabriel Tarde, na “Escola social” alemã, com Franz von Liszt, mas, especialmente, na “Escola Positiva” italiana, a partir de Cesare Lombroso, com a publicação da influente obra *L'uomo delinquente* (1876), Raffaele Garofalo, com *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione* (1885) e Enrico Ferri, em *Sociologia Criminale* (1891), respectivamente, numa visão tridimensional (antropológica, sociológica e jurídica), verifica-se arcabouço teórico do positivismo criminológico, de consagração da criminologia como disciplina científica direcionada a investigar a figura do criminoso e as causas do crime.

Neste contexto, merece destaque o trabalho desenvolvido por Liszt, que irá situar uma espécie de posição eclética entre as Escolas Liberal e a Positiva, posto ser da maior importância a reestruturação dada no estudo das disciplinas penais com a sua “ciência total do direito penal” (*Gesamte Strafrechtswissenschaft*), modelo sistematizador das disciplinas penais que, frente a outros (v.g. Arturo Rocco<sup>23</sup>), consolidou-se oficialmente ao atribuir à criminologia o posto de “disciplina auxiliar” à dogmática e política criminal; abordagem ortodoxa, porém ainda oficial.

Dada as circunstâncias, ao constatar a insuficiência formal das construções filosóficas clássicas pautadas em silogismos (binômio crime-pena), a criminologia positivista forjou método indutivo pautado nas ciências naturais: o paradigma etiológico. Com base nas estatísticas criminais, o crime, tido como ontológico, é investigado a partir de suas “causas”, devendo ser combatido desde sua raiz; com a pena, o criminoso, senão melhorado, caberia ser neutralizado (correcionalismo). Nas tradições biologicista e antropológica, com análises anatômicas e estético-fisiológicas, o criminoso seria um “degenerado portador de anomalias”, tendencioso às práticas criminosas. No viés sociológico, os fatores do crime seriam ambientais, socioeconômicos e culturais (v.g. bairro periférico, pobreza, família desestruturada

<sup>23</sup> Cf. ROCCO, Arturo. Il Problema e Il Metodo della Scienza del Diritto Penale. *Rivista de Diritto e Procedura Penale*, v. 1, pp. 497-561, 1910.



etc.), encarando, de modo determinista, o agente como “criminoso nato”<sup>24</sup>. Instaure-se, sob respaldo da ciência, um discurso de combate à criminalidade (“mal”) em defesa da sociedade (“bem”), no qual o criminoso, é o alvo da política criminal científica identificadora das causas a serem enfrentadas: a periculosidade (passado) deve dar lugar à recuperação (futuro)<sup>25</sup>.

À forma da *Gesamte*, esses elementos correspondem à função instrumental da criminologia ao sistema penal e à política criminal, visto ontologizar o crime e patologizar o criminoso, convertendo-se em instância legitimadora do poder punitivo, redimensionando, assim, a atuação das agências de administração do sistema de justiça, e, ao mesmo tempo, intensificando o “narcisismo teórico dogmático-penal”<sup>26</sup>, passando a englobar em sua base arquetípica institutos etiológicos (v.g. periculosidade, reincidência, personalidade etc.).

Para Baratta<sup>27</sup>, o positivismo incorreu em aceitação acrítica e a-histórica das definições legais como princípios determinantes da realidade, desconsiderando por completo os mecanismos de definição e seleção que permeiam os processos de aplicação da lei penal, o que, não obstante, possibilitou a aplicação das variáveis de (a) normalidade aos sujeitos selecionados pelo sistema penal, que não problematizado, passa a ser legitimado pela dependência dogmática da criminologia. Na atualidade, porém, não apenas o positivismo ocupa o *status* de criminologia oficial, como também sua ideologia se espalhou por

<sup>24</sup> “No terreno da criminologia, isso serviu, como se sabe, para estabelecer critérios de anormalidade, doença, desvio, patologias sociais ou ‘desagregação social’, no caso da chamada delinquência e da dita conduta desviada. [...] Tudo isso serviu para estabelecer, sobre a realidade de classe da população carcerária, associações entre o pobre, o feio, o anormal e o perigoso. E ao contrário, também: o rico, o são, o belo, o inofensivo, livrando-se assim as condutas danosas dos poderosos e constituindo-se um estereótipo do delinquente, que pertencia sempre às classes subalternas” (ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da libertação**. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2005, p. 74).

<sup>25</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: Mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Sequência**, Florianópolis, v. 30, 1995, p. 26.

<sup>26</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 91-110.

<sup>27</sup> BARATTA, Alessandro. Criminología y Dogmática Penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal. **Papers**: Revista de Sociología, Barcelona, nº 13, 1980, p. 16.

diversos níveis da estrutura social, inclusive no senso comum do homem de rua (*everyday theories*).

É possível afirmar, portanto, que o modelo brasileiro de *war on drugs* se funda em um modelo integrado de ciências criminais de base ortodoxo-tradicional, cuja perspectiva (a) *dogmática jurídico-penal* trabalha com categorias de direito penal do autor (metarregras) e viola critérios materiais de criminalização (teoria do bem jurídico), (b) o *processo penal* limita garantias processuais (restrição de direitos humanos), (c) a *política criminal* é essencialmente defensivista e (d) o *discurso criminológico* é positivista-determinista (paradigma etiológico).

Desde o ponto de vista dogmático-penal, ademais da problemática questão envolvendo a proteção do (pseudo)bem jurídico “saúde pública”<sup>28</sup>, vislumbram-se categorias arquetípicas de autor: o “traficante” e o “usuário”, cuja distinção fundamental que conduzirá o indivíduo a consequências radicalmente distintas (pena privativa de liberdade de 5 a 15 anos em abstrato ou responsabilização não-carcerária) se dá pela identificação do “especial fim de agir” presente no tipo objetivo face à conduta realizada à luz do art. 28, §2º, da Lei nº. 11.343/06<sup>29</sup>, a partir da discricionária análise de circunstâncias essencialmente subjetivas e vinculadas às características pessoais do indivíduo, viabilizando verdadeira abertura para o decisionismo e

<sup>28</sup> “Nos delitos constantes da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), as criminalizações são vinculadas a um suposto bem jurídico, a saúde pública. Trata-se, porém, de um falso bem jurídico-penal. O recurso a bens jurídicos aparentes, de natureza coletiva, encobre uma antecipação indevida da atuação do Direito Penal e uma inadmissível ingerência na autonomia individual. A ausência de um autêntico bem jurídico não é, contudo, sintoma da deficiência desse referencial material, mas manifestação de uma intervenção penal ilegítima, arbitrária e desproporcional. Criminalizações sem bem jurídico significam, em verdade, mera tutela da própria vigência normativa, com independência de suas bases concretas (materiais ou imateriais) relacionadas à vida em sociedade” (ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: Uma aproximação crítica. In: BRAGA, Romulo Rhemo Palitot; GUERRA, Amparo Martínez (Org.). **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI**. Madrid: Ediciones Laborum, 2015, pp. 152-153).

<sup>29</sup> “Art. 28, §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”.

metarregras<sup>30</sup>, o que está intrinsicamente vinculada à uma concepção criminológica determinista e ontológica do criminoso nato e do delito natural, como se a droga fosse via hábil para identificar uma determinada concepção desviante, seja patológica de dependência (usuário), seja de tendência voltada para o cometimento reiterado de crimes (traficante)<sup>31</sup>.

Por tais elementos, é possível sustentar que o modelo penal integrado de combate às drogas satisfaz a base principiológica de defesa social sustentada por Baratta: *princípio de legitimidade* (o Estado detém legitimidade para reprimir a criminalidade a partir das agências de controle social); *princípio do bem e do mal* (as drogas são danosas à sociedade, sendo o traficante e o usuário elementos negativos); *princípio de culpabilidade* (o delito é expressão de uma atitude interior reprovável); *princípio da prevenção* (pena visa tutelar a saúde pública, reprimir o tráfico e prevenir o consumo); *princípio da igualdade* (a criminalidade é entendida como violação da lei penal e os criminosos correspondem a uma minoria desviante); e, *princípio do interesse social/delito natural* (o conteúdo da lei penal é expressão da vontade geral, constituindo o delito a violação de interesses fundamentais das nações civilizadas). Cria-se, assim, um sistema de quatro bases: (a) nexos causal entre consumo e dependência (evolução necessária entre drogas brandas para duras); (b) condução dos toxicômanos à subculturas e à anormalidade; (c) condutas antissociais e delitivas dos toxicodependentes (carreiras criminais); e (d) dependência irreversível e enfermidade psicoativa dos dependentes<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> “[...] se o estigma tradicional do tipo ideal positivista sustentou a atuação das agências repressivas durante a formação dos sistemas penais latino-americanos, a partir da década de oitenta, com a incorporação das formas de criminalidade organizada pelo direito penal, ocorre resignificação nas metarregras pela vivificação da ideia de inimigo do narcotraficante. Assim, se tradicionalmente o inimigo objeto da repressão penal era aquele que atuava de forma difusa (criminalidade de massas), atualmente é percebido nos agentes da criminalidade organizada” (CARVALHO, *A política criminal de drogas...*, p. 158).

<sup>31</sup> Cf. YOUNG, Jock. *Drugs: Absolutism, relativism and realism*. Available at: <<http://www.malcomread.co.uk/JockYoung/subculture.htm>>. Accessed 24 July 2014, pp. 1-53.

<sup>32</sup> Cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal*. 3ª ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2002, p. 42; BARATTA, Alessandro. *Une politique rationnelle des drogues? Dimensions sociologiques du prohibitionnisme actuel. Deviance et Société*, Paris, vol. 14, n.º. 2, 1990, pp. 157-158.

Não será à toa o reflexo desta concepção sobre a questão criminal na série de mitigações a direitos e garantias no processo penal, a exemplo, dentre outros, da inafiançabilidade do tráfico (art. 5º, XLIII, CF), a vedação de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (até 2012, na qual o dispositivo no tráfico “privilegiado” foi revogado pela Resolução nº 5, Senado Federal, face ao HC nº 97.256/RS, ao STF reconhecer a sua inconstitucionalidade), a ausência de um elemento subjetivo do tipo (especial fim de agir) no caput do art. 33, inclusive com a expressão própria do consumo pessoal (“ainda que gratuitamente”), o que conduz o intérprete da norma à presunção de tráfico e conduz à inversão do ônus da prova (v.g. o indivíduo deve provar que é usuário para afastar a condenação por tráfico), a vedação de concessão de *sursis*, graça, indulto e liberdade provisória<sup>33</sup> (art. 44).

#### 4. Do paradigma consolidado ao *destructuring impulse*: tensões às bases fundantes do modelo proibicionista

Indubitável o papel do “impulso desestruturador” (*destructuring impulse*)<sup>34</sup> ao reverberar um movimento contra-ideológico com pauta reativa às construções institucionais sobre o controle social, notadamente positivista-determinista (discurso oficial desde a segunda metade do século XIX), abdicando de modelos consensuais de sociedade e possibilitando novas reflexões sobre a questão criminal, em especial as produções sociológicas interacionistas dos EUA e o enfoque do etiquetamento (*labelling approach*), teorias conflituais e materialistas, que viriam a oferecer, posteriormente, aportes para a construção crítica

<sup>33</sup> Desde 2012, o STF entende que a vedação a liberdade provisória para tráfico de entorpecentes é inconstitucional e viola a presunção de inocência. *Vide Habeas corpus*. 2. Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, caput, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006. 3. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). 4. Construção cautelar mantida somente com base na proibição legal. 5. Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea. 6. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida. (STF HC 104339 SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 10/05/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-239, Divulg. 05-12-2012, Public. 06-12-2012).

<sup>34</sup> COHEN, Stanley. *Visions of social control: Crime, punishment and classification*. Cambridge: Polity Press, 1985, p. 31.

em criminologia. Trata-se da emergência do positivismo científico, pautado na “hipervalorização das ciências naturais” e na “neutralidade axiológica do saber”, sendo dimensionado a diversos setores da vida social, provocando incontestável impacto nas ciências da sociedade, sobretudo nas ciências criminais, que a partir de então estarão diante de uma radical ruptura do pensamento criminológico<sup>35</sup>.

A crítica criminológica – aporte forjado pós-60 – contrarresta as bases do positivismo criminológico. Segundo Baratta: “La Criminologia ‘critica’ è una direzione della sociologia giuridico-penale e della sociologia criminale che si distingue dalla criminologia ‘tradizionale’ per un cambiamento dell’oggetto e del método intervenuti rispetto ad esse”<sup>36</sup>, pois a criminologia crítica se distingue tanto quanto ao objeto quanto ao método tradicionais, por adotar, sobretudo, uma visão macrosociológica de compreensão da questão criminal.

Vários foram os contributos essenciais para sua construção, valendo citar: o *labelling approach* ou teoria do etiquetamento (criminologia interacionista), vindo a sofrer um “aperfeiçoamento”, sobretudo, com a abordagem materialista (enfoque socioestrutural). Enquanto paradigma da reação ou do controle social, o *labelling approach* corresponde à nova perspectiva de análise sobre a questão criminal. Desontologiza a ideia de “criminalidade” enquanto qualidade intrínseca da conduta, pois a concebe enquanto um rótulo, fruto do complexo processo (formal e informação) de interação social sofrido por algumas pessoas. O problema criminológico é deslocado da investigação das causas/fatores da criminalidade (etiologia), na qual se encontrava o “homem

<sup>35</sup> “O positivismo – em sua figuração ‘ideal-típica’ – está fundamentado num certo número de premissas que estruturam um ‘sistema’ coerente e operacional: 1. A sociedade é regida por leis naturais, isto é, leis invariáveis, independentes da vontade e da ação humanas; na vida social, reina uma harmonia natural. 2. A sociedade pode, portanto, ser epistemologicamente assimilada pela natureza (o que classificaremos como ‘naturalismo positivista’) e ser estudada pelos mesmos método, *démarches* e processos empregados pelas ciências da natureza. 3. As ciências da sociedade, assim como as da natureza, devem limitar-se à observação e à explicação causal dos fenômenos, de forma objetiva, neutra, livre de julgamentos de valor ou ideologias, descartando previamente todas as prenoções e preconceitos” (LÖWY, Michael. **As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**: Marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. Trad. Juarez Guimarães & Suzanne Felicie Léwy. 10ª ed. São Paulo: Cortez, 2013, pp. 25-26).

<sup>36</sup> BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica? **Dei Delitti e Delle Pene**, Torino, n.º 1, 1991, p. 53.

delinquente” como objeto, para os processos de criminalização (seletividade), partindo-se, então, das relações sociais.

As bases interacionistas são as principais contribuições teóricas para a desconstrução do delito enquanto ente (ontologia), do delinquente como “indivíduo patológico”, os dados oficiais sobre a criminalidade (estatísticas criminais), passando o paradigma etiológico por um *continuum* de desestabilização teórica, cujas premissas passam a ser rejeitadas, ocasionando verdadeiro “giro criminológico” (*criminological turn*), com o paradigma da reação social.

Em perspectiva teórica crítica, ademais de David Matza (*Becoming Deviant*, 1969), Becker, esclarece que a concepção sociológica com a qual trabalha entende *desvio* como a infração de alguma regra geralmente aceita, sendo ele próprio uma criação (construto) social, deixando bastante claro que essa percepção não compreende que as “causas do desvio” estão localizadas na situação social do desviante ou em outros “fatores sociais”, mas tão apenas que *grupos sociais criam desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio*, e uma vez aplicadas tais regras, as pessoas que as infringem, passam a ser rotuladas de *outsiders*<sup>37</sup>.

O desvio não mais é, logo, uma qualidade de ato, como pensava o paradigma determinista, mas consequência da violação de regras. Ou seja, o desviante não é um ser patológico, senão alguém cujo rótulo fora aplicado com sucesso. Assim, as contribuições do *labelling* são de fundamental importância para o desenvolvimento criminológico, constituindo segundo Zaffaroni, “la función deslegitimante más importante e irreversible respecto del discurso jurídico-penal”<sup>38</sup>, no exercício do poder do sistema penal, do qual não mais poderia se recuperar, a não ser fechando-se hermeticamente para a realidade social.

Segundo Salo de Carvalho, a crítica criminológica passou a denunciar o papel que o positivismo desempenhou na legitimação das instituições punitivas e do saber penal, tendo criado todas as ferramentas necessárias para justificar-se, ainda que enquanto mera “auxiliar” à dogmática. A adoção do paradigma etiológico desempenhou papel altamente funcional ao sistema penal e ignorou por completo as violências (re)produzidas *pelas e nas* suas agências de controle, resultando

<sup>37</sup> BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: Studies in the sociology of deviance. New York: The Free Press, 1963, pp. 8-9.

<sup>38</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas**: Deslegitimación y dogmática jurídico-penal. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 64.

em graves violações de direitos humanos, bem como nos processos de seletividade, consolidando um olhar a-histórico, despreocupado com a violência institucional<sup>39</sup>.

Em *Surveiller et Punir* (1975), cujas teses foram encampadas para a questão criminal, Foucault ofereceu riquíssimo arcabouço teórico desmistificador da criminologia positivista. No que se referente ao sistema penal e suas agências, Foucault denunciou que, ao se justificar a partir da imposição de regras, mascararia seus efeitos reais. Desde uma “tecnologia política do corpo”, ao estudar o processo de metamorfose das práticas punitivas, compreendeu como o homem (“delinquente”) se tornou objeto de um saber de *status* “científico”, preocupado com mecanismos técnico-corretivos prisionais (correcionalismo/ressocialização). Assim, realizou cisão entre *funções latentes e reais*, atestando que a não redução da criminalidade não corresponde à crise da prisão, senão ao seu sucesso: *controle diferencial das ilegalidades*.

O atestado de que a prisão fracassa em reduzir os crimes deve talvez ser substituído pela hipótese de que a prisão conseguiu muito bem reproduzir a delinquência, tipo especificado, forma política ou economicamente menos perigosa – talvez até utilizável – de ilegalidade; produzir os delinquentes, meio aparentemente marginalizado, mas centralmente controlado; produzir o delinquente como sujeito patologizado. O sucesso da prisão: nas lutas em torno da lei e das ilegalidades, especificar uma ‘delinquência’ [...]. O sucesso é tal que, depois de um século e meio de ‘fracasso’, a prisão continua a existir, produzindo os mesmos efeitos e que se têm os maiores escrúpulos em derrubá-la<sup>40</sup>.

Desta feita, a criminologia crítica passa a compreender o controle social gerenciado pelos interesses das classes hegemônicas a partir do exercício do poder punitivo, que, por sua vez, coloca o sistema penal como mecanismo de manutenção e reprodução das desigualdades sociais e, portanto, um instrumento essencialmente seletivo quanto à escolha político-criminal dos bens jurídicos a serem tutelados – criação da lei penal (criminalização/seletividade primária) –, e discriminatório quanto ao exercício racista, classista, sexista etc., das

<sup>39</sup> CARVALHO, Criminologia crítica..., pp. 284-285.

<sup>40</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: História da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramallete. 40ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, pp. 262-263.

agências de controle penal – aplicação da lei penal (criminalização seletividade/secundária)<sup>41</sup>.

A riqueza teórica proveniente do novo aporte criminológico é indiscutível. Muito mais que uma “teoria científica politizada”, a criminologia crítica precisa ser entendida a partir de seu diálogo de origem (“academia-movimentos sociais”), como “antiteoria”<sup>42</sup>, isto é, como *movimento (criminologia da práxis)*<sup>43</sup> (e não como “Escola”), de conotação revolucionária e contestatória, alinhavada a emancipação social. Assim, seu arcabouço desenvolvido na América Latina e no Brasil, notadamente a partir dos contributos centrais, está a “radiografar” a problemática circunscrita, direcionando atenção à deslegitimação dos sistemas penais, propiciando fundamentos teórico-empíricos que efetivamente busquem compreender o “[...] controle penal e salvar vidas humanas (limite negativo extremo do saber criminológico) a reconstruir modelos alternativos e modelos não violentos para responder positivamente aos problemas e conflitos sociais (limite positivo extremo do saber criminológico)”<sup>44</sup>, em conformidade aos horizontes perquiridos pela democracia e os direitos humanos. Então,

<sup>41</sup> Salo de Carvalho realiza síntese precisa da agenda negativa da teoria criminológica problematizadora: “1.º) Crítica aos fundamentos e aos pressupostos da (micro) criminologia ortodoxa (positivismo criminológico): (a) negação dos modelos consensuais de sociedade; (b) negação do postulado causal-determinista do delito e do caráter patológico do delinquente; (c) negação do caráter científico do saber criminológico e da neutralidade do criminólogo; (d) invalidação dos critérios metodológicos de constatação da criminalidade (estatísticas criminais e ambiente carcerário). 2.º) Crítica aos fundamentos e aos pressupostos do direito penal dogmático: (a) negação dos discursos de igualdade e de imparcialidade na eleição dos bens jurídicos (criminalização primária); (b) negação do caráter positivo atribuído à sanção penal (pena útil). 3.º) Crítica às diretrizes operacionais (funcionamento) das agências e das instituições do sistema punitivo: (a) demonstração do caráter seletivo de incidência do controle penal (criminalização secundária); (b) demonstração das contradições existentes entre as funções reais exercidas pelo sistema penal e as funções declaradas pelo direito penal e pela criminologia (discursos oficiais e científicos de legitimação). 4.º) Crítica do sistema político-econômico que configura o sistema punitivo: (a) denúncia da funcionalidade do sistema penal para a manutenção capitalista; (b) demonstração da relação de dependência existente entre o sistema político-econômico (questões de poder e relações de produção) e o sistema de controle social punitivo” (CARVALHO, Criminologia crítica..., pp. 278-288).

<sup>42</sup> ANIYAR DE CASTRO, **Criminologia**..., 2005.

<sup>43</sup> CARVALHO, Criminologia crítica..., p. 292.

<sup>44</sup> ANDRADE, **Pelas Mãos da Criminologia**..., p. 117.

[...] la criminología es el saber (conjunto de conocimientos) que nos permite explicar cómo operan los controles sociales punitivos de nuestro margen periférico, qué conductas y actitudes promueven qué efectos provocan y cómo se los encubre en cuanto ello sea necesario o útil para proyectar alternativas a las soluciones punitivas o soluciones punitivas alternativas menos violentas que las existentes y más adecuadas al progreso social<sup>45</sup>.

Por tudo, “a criminologia não é uma disciplina inocente”<sup>46</sup>: quanto à tradicional, fica demonstrado que é parte importante da vertente ideológica e política do controle social; quanto à nova, crítica, libertadora, inimiga do poder, deve se direcionar a compreender as relações de poder, autoridade e controle social próprias da realidade do controle penal latino-americano.

[...] a prática da separação entre saudáveis e enfermos e entre bons e maus permite ao mesmo tempo a legitimação das funções de controle próprias ao estado assistencial e à repressão própria da sociedade punitiva. Através do estereótipo de drogadicto enquanto enfermo e enquanto pessoa má, e da grande relevância deste estereótipo na comunicação de massas e na opinião pública, produz-se o **encobrimento repressivo dos conflitos reais fundamentais em nossa sociedade e nas relações internacionais**<sup>47</sup>.

Não é em vão que Sebastian Scheerer afirma: “Conflicts over drug policy are social and ideological conflicts, in which drugs in question serve as symbols for rather than a cause of the conflict”<sup>48</sup>. A seguir, as consequências reais da *war on drugs* no Brasil.

## 5. Resistência ao punitivismo e ao genocídio face ao grande encarceramento: a criminologia dos direitos humanos

A operacionalidade real do sistema penal é oposta às funções declaradas. Existe uma contradição entre “sistema penal aparente” e o

<sup>45</sup> ZAFFARONI, *Criminología*..., p. 20.

<sup>46</sup> ANIYAR DE CASTRO, *Criminologia*..., p. 28.

<sup>47</sup> BARATTA, Alessandro. Fundamentos Ideológicos da Atual Política Criminal sobre Drogas. In: GONÇALVES, Odair Dias; BASTOS, Francisco Inácio (Org.). **Só Socialmente**... Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992, pp. 48-49, grifo nosso.

<sup>48</sup> SCHEERER, Sebastian. Political ideologies and drug policy. **European Journal on Criminal Policy and Research**, vol. 1, issue 1, 1993, p. 97.

que Lola Aniyar de Castro<sup>49</sup> chamou de “sistema penal subterrâneo”, no qual seu conjunto de agências executivas atuam à margem da legalidade realizando processos de criminalização gerenciados pelo estereótipo de indivíduos (presunção de culpabilidade), garantem a marginalidade social e neutralizam direitos das massas e classes subalternas, com procedimentos de exceção (v.g. violências policiais, violações de domicílio e de direito à imagem, prisões preventivas arbitrárias, execuções, imposição de sofrimentos etc.). Zaffaroni<sup>50</sup> identifica que a seletividade, a violência e as suas formas de reprodução, a manifestação contínua de condutas cada vez mais lesivas, a corrupção institucionalizada, a verticalização e a destruição das relações sociais, não podem ser compreendidas como problemas conjunturais, senão estruturais ao exercício de todos os sistemas penais.

Porém, se por um lado, os sistemas penais apresentam problemas inerentes à sua arquitetura funcional, por outro, a problemática latino-americana é potencializada: na margem global, os níveis de corrupção, estratificação, seletividade, desigualdade, são inigualáveis. Segundo o criminólogo portenho, em nossos sistemas penais marginais as agências de punitividade operam com um nível tão alto de violência que causam mais mortes que a totalidade de homicídios dolosos entre desconhecidos cometidos por particulares, não obstante, implicitamente genocidas, claramente opera via signo *morte*: “genocídio em andamento”<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola. Derechos Humanos, Modelo Integral de la Ciencia Penal y Sistema Penal Subterráneo. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina**. Buenos Aires: Depalma, pp. 233-247, 1984.

<sup>50</sup> ZAFFARONI, *En Busca de las Penas*..., pp. 27-30.

<sup>51</sup> Considerando os sistemas penais latino-americanos como “marginais” em três sentidos – (a) estamos na periferia do poder planetário em relação aos países centrais, (b) os fatos de poder devem ser entendidos na relação de dependência com o poder central e (c) a maioria da população-alvo da violência do sistema penal é composta por marginalizados pelo poder –, Zaffaroni descreve o singular da operacionalidade das agências de punitividade: a morte: “Hay muertes en enfrentamientos armados (unos pocos reales y la mayoría simulados, o sea, fusilamientos sin proceso); hay muertes por grupos parapoliciales de exterminio en varias regiones; hay muertes por grupos policiales o parapoliciales que implican la eliminación de competidores en actividades ilícitas (disputas por monopolio de distribución de tóxicos, juego, prostitución, áreas de hurtos, robos domiciliarios, etc.); hay “muertes anunciadas” de testigos, jueces, fiscales, abogados, periodistas, etc.; hay muertes de torturados que no “aguantaron” y de otros en que a los

A Human Rights Watch<sup>52</sup> analisou em seu último relatório dentre outros aspectos, a segurança pública e a praxis das agências policiais no cotidiano brasileiro, dando destaque para 436 mortes no Rio de Janeiro e 505 mortes em São Paulo (aumento equivalente a 93% se comparado a 2013), nos primeiros nove meses de 2014. Ademais, destacou as péssimas condições de higiene/habitação em instituições prisionais, marcadas pela superlotação – que teve aumento de 45% de 2006 para 2013, com mais de 230.000 presos provisórios – e violência intracarcerária, com várias denúncias (5.431) de tortura, maus-tratos e tratamentos cruéis em unidades prisionais e repartições policiais encaminhadas para a Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos nas quais agentes da segurança pública e administração penitenciária apenas excepcionalmente são responsabilizados, como se a lógica do sistema penal realmente possibilitasse a retroalimentação da violência cotidiana.

Segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública<sup>53</sup>, no marco de seu último anuário, a cada 3 (três) horas pelo menos uma pessoa foi morta pela polícia em 2014, resultando em um total de 3.009 vítimas (37,2% de crescimento de letalidade em relação a 2013), morrendo, paralelamente, ao menos um policial por dia (398 ao todo, ou seja,

---

torturadores “se les fue la mano”; hay muertes “ejemplarizantes”, en las que se exhibe el cadáver, a veces mutilado, o se envían partes del cadáver a los familiares, practicadas por grupos de exterminio pertenecientes al personal de las agencias de los sistemas penales; hay muertes por error o negligencia, de personas ajenas a cualquier conflicto; hay muertes del personal de las propias agencias del sistema penal; hay alta frecuencia de muertes en los grupos familiares de ese personal y cometidas con las mismas armas que proporciona la agencia; hay muertes por uso de armas a cuya tenencia y adquisición se instiga permanentemente a la población y en circunstancias que nada tienen que ver con los motivos de esa instigación pública; hay muertes como represalia por el incumplimiento de palabras dadas en actividades ilícitas cometidas por personal de esas agencias del sistema penal; hay muertes violentas en motines carcelarios, de presos y de personal penitenciario; hay muertes por violencia ejercida contra presos en las prisiones; hay muertes por violencia entre presos; hay muertes por enfermedades no tratadas en las prisiones; hay muertes por altísima tasa de suicidios entre los criminalizados y entre el personal de todas las agencias del sistema penal (sean suicidios manifiestos o inconscientes); hay muertes...” (ZAFFARONI, **En busca...**, pp. 128-129).

<sup>52</sup> HUMAN RIGHTS WATCH. **World Report: Events of 2014**. New York: HRW, 2015, pp. 115-117.

<sup>53</sup> FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: FBSP, ano 9, 2015.

redução de 2,5% em relação a 2013). A Anistia Internacional<sup>54</sup>, por sua vez, destacou, em estudo sobre práticas policiais no Rio de Janeiro, o impacto que os estereótipos associados à juventude, negra, marginalizada, das favelas, contribuem para a banalização/naturalização da violência, ao apontar principalmente que: (a) 8.466 foram as vítimas de homicídios decorrentes da intervenção policial (2005-2014); (b) com um aumento de 143% (1980 a 2012), durante o ano 2012, das 56.000 pessoas assassinadas, destas, mais de 50% possuíam entre 15 a 29 anos, sendo 77% negras.

É válido ainda registrar dados do Atlas da Violência (2016)<sup>55</sup>, cuja análise se dá entre 2004 e 2014: (a) até 2014, pelo menos 59.627 pessoas foram vítimas de homicídio no Brasil (taxa equivalente a 29,1 mortes/100.000 habitantes); (b) este resultado é equivalente a mais de 10% das mortes contabilizadas em todo o mundo, segundo os dados oficiais (o Brasil se encontra entre as 12 maiores taxas de homicídios a cada 10.000 habitantes no *ranking* mundial, que conta com 154 países); (c) em 2014, 61 jovens, entre 15 a 29 anos, foram vítimas de homicídio para cada 100.000 jovens; (d) de 2004 a 2014, a taxa de homicídios de negros aumentou em 18,2% (ao tempo que o indicador de não negros diminuiu 14,6%). O que se pode concluir é que, ao contrário da ilusão que o sistema penal busca prover (redução e controle da criminalidade e dos índices de violência), o que se percebe é uma total reversão, pois, ainda que fosse contabilizada a margem de erro referente a toda pesquisa oficial, os índices são provas incontestáveis da irrealizabilidade do projeto político-criminal declarado.

No que se refere aos índices de encarceramento, os últimos dados do Infopen, sistema de informações estatísticas vinculado ao Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, relativos à junho de 2014, o sistema penitenciário brasileiro ultrapassou pela primeira vez em sua história a marca de 600.000 pessoas presas, com exatas 607.731, para 376.669 vagas (taxa de ocupação: 161% vagas), totalizando um déficit de 231.062 vagas, aumento equivalente a 575% desde a década de 90 (6,7 vezes maior). Assim, o International Centre

<sup>54</sup> ANISTIA INTERNACIONAL. **Você matou meu filho!** Homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015.

<sup>55</sup> CERQUEIRA, Daniel et al. **Mapa da Violência 2016**. Brasília: FBSP/IPEA, 2016, pp. 39-40.

for Prison Studies (ICPS)<sup>56</sup>, do Institute for Criminal Policy Research na University of London, aponta o Brasil (607.731) como o 4º país com maior população carcerária absoluta do mundo, ficando atrás de Estados Unidos (2.217.000), China (1.657.812) e Rússia (642.444).

Quanto ao perfil desta população que ocupa as prisões brasileiras, nota-se: (a) a maior parte ser formada por jovens (31%, 18 a 24 anos; 25%, 25 a 29 anos – a população de jovens é maior no sistema penal que na população em geral, com 21,5%); (b) 2 a cada 3 presos é negro (67% da população prisional em geral são negros); (c) o grau de instrução escolar é baixíssimo (53%, ensino fundamental incompleto e 12% completo, 11% ensino médio incompleto, 7% ensino médio completo, 6% analfabetos); (d) a maior parte da população está presa por crimes relacionados às drogas ou crimes patrimoniais, como tráfico (27%) (aqui, enquanto o tráfico equivale à 25% de delitos praticados por homens, para mulheres, transita pra 63%), roubo (21%) e furto (11%), além de apresentar taxa relevante de homicídios (14%).

É de se questionar: o que as pesquisas quanto à incidência do poder punitivo às pessoas-alvo da guerra às drogas têm a dizer? Ainda que restritas a determinadas realidades e não generalizantes, é preciso destacar: (a) Se até 2012 o maior número de pessoas presas no Brasil se resumia ao delito de roubo, hoje o contingente carcerário preso por tráfico é maior, sendo responsável por mais de ¼ do encarceramento total; (b) A maioria das pessoas presas são sozinhas, respondem individualmente ao processo, são presas por relativamente baixas quantidades de droga e não fazem parte de “organizações criminosas” (pesquisa: RJ e DF); (c) De 2007 para 2012, o número de mulheres presas por tráfico aumentou em 77,11% (maioria não-branca, em idade fértil, entre 18 e 30 anos e de baixa escolaridade) (Infopen)<sup>57</sup>; (d) nos casos de prisões em flagrantes, pouquíssimas armas são apreendidas, sendo alvo da guerra às drogas o setor mais fraco e inofensivo do comércio ilícito de entorpecentes (pesquisa: RJ)<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES. **World Prison Brief**: Highest to lowest – prison population total. Available at: <<http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief>>. Accessed 27 dec. 2015.

<sup>57</sup> 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: IBCCRIM, 2014, p. 92.

<sup>58</sup> D'ELIA FILHO, **Acionistas...**, p. 117.

Daí Vera Malaguti questionar: “o que dizer de um projeto penal que é a causa principal da morte de 33.000 jovens em 10 anos no Rio de Janeiro? Estamos com uma constante em torno de 1.000 homicídios/ano em ‘autos de resistência’, confrontos com a polícia. [...] enquanto isso, o capitalismo enlouquecido vive à custa de drogas farmoquímicas da indústria transnacional”<sup>59</sup>.

Definitivamente, “A atual política de guerra contra às drogas, para além de revelar um verdadeiro fracasso naquilo que se propõe, oculta sua função real que cumpre com magnitude: o controle social das classes perigosas”<sup>60</sup>. Desde a transnacionalização e militarização, funciona, como técnica globalizante e criminalizadora, para a identificação de populações que devem ser reguladas de outras maneiras<sup>61</sup>. Se assim o é, sua revisão é não apenas necessária como urgente. Neste sentido, nos precisos termos de Alessandro Baratta:

A alternativa antiproibicionista no setor das políticas das drogas é antes de tudo uma alternativa pacífica contra a violência da proibição [...]. É a luta contra a imposição de modelos infantis, mas nem por isso menos trágicos, na administração de situações problemáticas que as reproduzem e as fazem mais graves, quando não as produzem diretamente. Neste sentido é a luta pelo resgate da autonomia de todos os sujeitos e pela emancipação do saber coletivo como condições para uma percepção realista, uma solução racional e justa de problemas e conflitos<sup>62</sup>.

Ao realizar diagnóstico das consequências da adoção do referencial criminológico-positivista, a criminologia crítica aponta, em destacada vertente preocupada com a limitação da violência punitiva, a necessidade de compreensão dos direitos humanos enquanto limite e objeto de seu discurso criminológico, com o objetivo central de elaboração de uma política criminal de proteção integral de direitos,

<sup>59</sup> BATISTA, Vera Malaguti. Prefácio. In: CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 18.

<sup>60</sup> D'ELIA FILHO, **Acionistas...**, p. 125.

<sup>61</sup> CORVA, Dominic. Neoliberal globalization and the war on drugs: Transnationalizing illiberal governance in the Americas. **Political Geography**, 27 (2), 2008, p. 176.

<sup>62</sup> BARATTA, **Fundamentos Ideológicos...**, pp. 48-49.

podendo se falar, em última análise, em criminologia crítica do século XXI enquanto “criminologia dos direitos humanos”:

La Criminología de los Derechos Humanos controla los controles. Y para ello, debe tener bajo observación permanente los movimientos de toda relación fáctica de poder. Un penalista crítico y un criminólogo crítico se encuentran en el mismo terreno, en un trabajo fordista de aporte, asimilación y reelaboración. El criminólogo, con los pies en la tierra, aporta el dato crítico exterior. El penalista lo convierte en tendencias modernas de la Dogmática. [...] Es así como la Criminología de los Derechos Humanos como Criminología Crítica del Siglo XXI, será un compromiso con la vida, la igualdad, la libertad, la inclusión y la seguridad. Y no dará cuartel ni al fascismo, ni a la derecha, ni a lo que pretenda llamarse izquierda con violación de derechos humanos<sup>63</sup>.

Assim, desde o marco teórico criminológico, resta fértil o terreno para a projeção de um outro olhar (crítico e antiproibicionista) sobre a atual política criminal de drogas no Brasil, um outro olhar, vale dizer, que, tendo os direitos da pessoa e a busca pela consolidação do projeto democrático como primado, alerta para a (urgente) necessidade da revisão integral desta *política criminal com derramamento de sangue*<sup>64</sup>.

## 6. À guisa de conclusão

A ideia central propalada e desenvolvida neste ensaio corresponde à necessidade urgente de se refletir a atual política criminal de drogas brasileira em consonância com a teoria criminológica produzida no contemporâneo. Conceber a atualidade do pensamento sobre a questão criminal significa também compreender que a atual programação de reação belicista às práticas de comércio e de consumo de drogas tornadas ilícitas carrega consigo uma matriz criminológica consubstanciada, que não é neutra e que está direcionada a realização de funções não formalmente declaradas (ocultas).

<sup>63</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola. La criminología crítica en el siglo XXI como criminología de los derechos humanos y la contra-reforma humanística o las teorías criminológicas no son inocentes. *Revista Interferencias*, Córdoba, v. 0, n. 1, 2010, p. 23.

<sup>64</sup> BATISTA, Política criminal com derramamento..., pp. 129-146.

Incorporar a crítica criminológica ao modelo brasileiro de *war on drugs*, gestado pelo “paradigma da diferenciação” sob o manto da defesa social e as sendas do discurso político, possibilita desvelar as funções reais de controle social excludente das classes marginalizadas via sistema penal. Mais que isso: permite compreender que a atual política de drogas está intimamente ligada – porque com responsabilidade inegável – aos principais problemas da atualidade da questão criminal na conjuntura brasileira: o punitivismo, o genocídio em ato e o grande encarceramento.

Desde o ponto de vista da complexidade fenomênica envolta no caso, rever a atual programação jurídico-política a partir da perspectiva crítica é não apenas uma tarefa fundamental, senão urgente, enquanto medida desnaturalizadora da potencialidade violenta imposta pelo paradigma vigente face a atuação operacional das agências estatais de controle sociopunitivo no cotidiano forense e da periferia.

É compreendendo a realidade e buscando constranger o autoritarismo punitivo incito a esta forma de gestão de poder, adotando uma abordagem deslegitimadora que problematize a funcionalidade do poder punitivo e da pena enquanto mecanismos funcionais para satisfação dos interesses sociais desde a criminologia dos direitos humanos, que a questão das drogas deve ser (re)pensada como condição de possibilidade de resistência democrática e antiproibicionista, sempre em respeito a autonomia e liberdade individuais.

## Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012.

\_\_\_\_\_. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: Mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Sequência**, Florianópolis, v. 30, 1995.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da libertação**. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2005.

\_\_\_\_\_. Derechos humanos, modelo integral de la ciencia penal y sistema penal subterráneo. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina**. Primer Informe. Buenos Aires: Depalma, pp. 233-247, 1984.

\_\_\_\_\_. La criminología crítica en el siglo XXI como criminología de los derechos humanos y la contra-reforma humanística o las teorías



criminológicas no son inocentes. **Revista Interferencias**, Córdoba, v. 0, nº. 1, pp. 15-25, 2010.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Você matou meu filho!** Homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: Uma aproximação crítica. In: BRAGA, Romulo Rhemo Palitot; GUERRA, Amparo Martínez (Org.). **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI**. Madrid: Ediciones Laborum, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: Introdução à sociologia do direito penal. 3ª ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2002.

\_\_\_\_\_. Criminología y Dogmática Penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal. **Papers**: Revista de Sociología, Barcelona, nº. 13, pp. 13-48, 1980.

\_\_\_\_\_. Fundamentos ideológicos da atual política criminal sobre drogas. In: GONÇALVES, Odair Dias; BASTOS, Francisco Inácio (Org.). **Só Socialmente...** Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

\_\_\_\_\_. Une politique rationnelle des drogues? Dimensions sociologiques du prohibitionnisme actuel. **Deviance et Société**, Paris, vol. 14, nº. 2, pp. 157-178, 1990.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Discursos Seduciosos**, Rio de Janeiro, v. 5/6, pp. 129-146, 1998.

BATISTA, Vera Malaguti. Prefácio. In: CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: Studies in the sociology of deviance. New York: The Free Press, 1963.

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: IBCCRIM, 2014.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **A política criminal de drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Criminologia crítica: Dimensões, significados e perspectivas atuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº. 104, set/out, pp. 279-303, 2013.

CERQUEIRA, Daniel et al. **Mapa da Violência 2016**. Brasília: FBSP/IPEA, 2016.

COHEN, Stanley. **Visions of social control**: Crime, punishment and classification. Cambridge: Polity Press, 1985.

CORVA, Dominic. Neoliberal globalization and the war on drugs: Transnationalizing illiberal governance in the Americas. **Political Geography**, 27 (2), pp. 176-193, 2008.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccane. **Acionistas do nada**: Quem são os traficantes de drogas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

DRUG POLICY ALLIANCE. **A brief history of drug war**. Available at: <<http://www.drugpolicy.org/new-solutions-drug-policy/brief-history-drug-war>>. Accessed 09 July 2016.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: FBSP, ano 9, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado. São Paulo: Graal, 2012.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir**: História da violência nas prisões. 40ª ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método – I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 13ª ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

HULSMAN, Louk; VAN RANSBEEK, Hilde. Evaluation critique de la politique des drogues. **Déviance et Société**, Genève, vol. 7, nº. 3, pp. 271-280, 1983.

HUMAN RIGHTS WATCH. **World Report**: Events of 2014. New York: HRW, 2015.

INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES. **World Prison Brief**: Highest to lowest – prison population total. Available at: <<http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief>>. Accessed 27 dec. 2015.

KARAM, Maria Lúcia. Legislações proibicionistas em matéria de drogas e danos aos direitos fundamentais. **Verve**, São Paulo, nº. 12, pp. 181-212, 2007.

LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o barão de Münchhausen**: Marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. Trad. Juarez Guimarães & Suzanne Felicie Léwy. 10ª ed. São Paulo: Cortez, 2013.

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Trad. Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**: Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002.

ROCCO, Arturo. Il problema e il metodo della scienza del diritto penale. *Rivista de Diritto e Procedura Penale*, v. 1, pp. 497-561, 1910.

SCHEERER, Sebastian. Political ideologies and drug policy. *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 1, issue 1, pp. 94-105, 1993.

\_\_\_\_\_. Teses para a aporia do discurso médico-jurídico. In: GONÇALVES, Odair Dias; BASTOS, Francisco Inácio (Org.). *Só Socialmente...* Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

YOUNG, Jock. *Drugs: Absolutism, relativism and realism*. Available at: <<http://www.malcomread.co.uk/JockYoung/subculture.htm>>. Accessed 24 July 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

\_\_\_\_\_. *Criminología: Aproximación desde un margen*. Vol. I. Bogotá: Temis, 1988.

\_\_\_\_\_. *En busca de las penas perdidas: Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 1998.

\_\_\_\_\_. Guerra às drogas e letalidade do sistema penal. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 63, out./dez., pp. 115-123, 2013.

## Impacto da Lei 11.343/06 no encarceramento e possíveis alternativas

12

Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo<sup>1</sup>  
Laura Girardi Hyppolito<sup>2</sup>

### 1. A Lei de Drogas 11.343/06

A atual lei de drogas brasileira, Lei 11.343, entrou em vigor em 2006, após cerca de quatro anos de debates legislativos. O texto legal instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), o qual prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes, normas para a repressão à produção que não tiver autorização e ao tráfico ilícito de drogas, além de também definir crimes e outras providências.<sup>3</sup>

De acordo com Luciana Boiteux, por adotar medidas de redução de danos em seu dispositivo e por reconhecer expressamente uma série de princípios – os quais visam o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana e sua liberdade (art. 4º, I), o respeito à diversidade (art. 4º, II), o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de entorpecentes (art. 19, III), além de outros – a atual lei de drogas se enquadra nos moldes do proibicionismo moderado.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Doutor em Sociologia, Professor da PUCRS.

<sup>2</sup> Mestranda em Ciências Sociais na PUCRS.

<sup>3</sup> BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad. Disponível em: <<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>> acessado em: 23 abr. 2016

<sup>4</sup> BOITEUX, Luciana. *Drogas y prisión: la represión contra las drogas y el aumento de la población penitenciaria em Brasil*. In: Transnational

Assim, criada com a finalidade de fortalecer as punições direcionadas ao tráfico e afastar o usuário da prisão, direcionando-o para o tratamento, o dispositivo legal propõe diferenciar usuários de traficantes, posto que prevê tratamentos e penalizações distintas, conforme cada uma destas condutas. Nesta lógica, a forma de atuação penal foi fracionada, visto que para o consumidor a lei de drogas aplica o modelo despenalizador, influenciado pelo discurso médico-sanitário, e ao traficante prevê a pena de prisão, justificada pelo discurso do proibicionismo.<sup>5</sup>

Comparada com o texto legal que a precedeu, a lei atual encaminhou uma série de mudanças significativas. Neste sentido, um dos maiores destaques foi a despenalização do consumo, de modo que não há mais possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para o uso pessoal de substâncias consideradas ilícitas. Diferente da lei anterior (Lei 6.368/76), que previa como pena para consumo detenção de 6 meses a 2 anos, o artigo 28 da lei vigente determina que “quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” não mais será submetido à prisão, mas sim a penas restritivas de direitos, tais como advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. A Lei atual assegura a aplicação destas medidas, mesmo em casos de reincidência (§ 4º).

Outras alterações relevantes incidiram em relação ao cultivo doméstico (art. 28 §1º<sup>6</sup>) e ao consumo compartilhado (33 §3º<sup>7</sup>). O primeiro foi equiparado à posse para uso pessoal – nos moldes do

---

Institute; Washington Office on Latin America. Sistemas Sobrecargados – leys de drogas y carceles em America Latina. Amsterdam/Washington, 2010. p. 34-35.

<sup>5</sup> BOITEAUX, Luciana. **A nova lei anti drogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n. 167, p. 8-9, out. 2006.

<sup>6</sup> Art. 28, §1º. Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. Lei 11.346/06. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em: 29 de setembro de 2013.

<sup>7</sup> Art. 33, § 3º. Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28. Lei 11.343/06. Disponível

art. 28 – enquanto o segundo deixou de ser equiparado ao tráfico e, por decorrência, sofreu uma redução no apenamento destinado à conduta, que na atual lei passa a receber uma pena de 6 meses a 1 ano de detenção, podendo ser aplicadas penas restritivas de direitos, como aquelas determinadas para o consumo.

Entretanto, mesmo que estas alterações tenham sido recebidas como um avanço, a atual lei mantém a criminalização da posse de drogas para uso pessoal. A mudança trazida pelo dispositivo apenas impede a imposição de pena privativa de liberdade ao usuário. Nesta perspectiva, Karam alerta que o texto legal não inovou de forma significativa, visto que a posse para uso pessoal, por conta do apenamento antes recebido – 6 meses a 2 anos de detenção – nos moldes da Lei 9.099/95<sup>8</sup>, já se enquadrava na definição de infração penal de menor potencial ofensivo e, por conta disso, a resposta penal já previa a não imposição da pena privativa de liberdade ao indivíduo enquadrado como usuário, de modo que era possível a aplicação de penas e medidas alternativas ao cárcere<sup>9</sup>.

Ainda no sentido das mudanças, com a intenção de diferenciar e individualizar as penas para casos menos graves de tráfico, a lei possibilitou uma redução do apenamento para o condenado por tráfico privilegiado, ao determinar a aplicação de uma causa de diminuição de um sexto a dois terços da pena, se o acusado for primário, de bons antecedentes, não dedicado às atividades criminosas e nem integrante organização criminosa (33, §4º). Nesta lógica, é possível que após a redução sofrida, o réu receba uma sanção definitiva de 1 ano e 8 meses de detenção, a qual pode ser convertida em pena restritiva de direitos, por não ultrapassar o patamar dos 4 anos, nos termos da legislação vigente. No entanto, um estudo sobre tráfico de drogas e prisões provisórias na cidade do Rio de Janeiro<sup>10</sup>, constatou

---

em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em: 29 de setembro de 2013.

<sup>8</sup> BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: << [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm) >> acessado em: 23 abr. 2016.

<sup>9</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Drogas e redução de danos**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 64, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 138.

<sup>10</sup> LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Marcia (coord.) **Tráfico de drogas na cidade do Rio de Janeiro: prisão provisória e direito de defesa**. Boletim Segurança e Cidadania. Disponível em: <<<http://www.ucamcesec.com.br/>

que mesmo quando os réus preenchem estes requisitos previstos na lei, os juízes se valem de critérios não objetivos para não lhes aplicar a possibilidade legal de redução de pena. Isso, visto que de todos os 1330 casos analisados ao longo da pesquisa, 80% dos acusados de tráfico eram primários, porém apenas cerca de 1/3 teve o apenamento reduzido como prevê a lei.

Em contraponto às novidades acima mencionadas, que sugeriram inovações que em grande parte não impactaram o plano prático, a Lei 11.343 trouxe, como uma das principais características de seu texto, o aumento de pena reservado ao delito de tráfico (art. 33). O dispositivo elevou a pena mínima de 3 para 5 anos, podendo atingir um patamar máximo de 15 anos de reclusão. Esta mudança que revela a permanência do caráter repressivo na lei de drogas, se mostrou mais forte neste texto legal do que no anterior, visto que uma pena que já inicia com 5 anos de reclusão e que ainda sofre a análise das circunstâncias judiciais contidas no art. 59 do Código Penal, em regra, impossibilita ao condenado uma resposta punitiva que não seja o encarceramento, fato que como será demonstrado após, contribuiu nos últimos anos com o crescimento exponencial do número de pessoas presas no Brasil.

Assim, ainda que as alterações trazidas possam ter parecido um progresso no que se refere ao controle penal exercido sobre o usuário, a lei não especificou de forma objetiva a distinção entre porte para uso pessoal e tráfico. Deste modo, por conta de o texto legal não ter definido parâmetros claros para a diferenciação entre estes dois tipos penais, o usuário transita em um campo de inseguranças jurídicas, posto que não tem como saber previamente se a quantidade de droga que porta será considerada, no momento da apreensão, tráfico ou porte. Por conta de os policiais realizarem a abordagem e, em um primeiro momento, serem responsáveis por definir a tipicidade do fato, a subjetividade dos critérios legais abre espaço para a reificação das preconceções destes sobre quem sejam os traficantes e os usuários<sup>11</sup>,

wordpress/wp-content/uploads/2015/10/Boletim-Trafico-de-drogas-epresos-provis%C3%B3rios.pdf>> acessado em: 20 mai. 2016.

<sup>11</sup> Grillo, Carolina Christoph; Policarpo, Frederico; Veríssimo, Marcos. 2011. A “dura” e o “desenrolô”: efeitos práticos da nova lei de drogas no Rio de Janeiro. *Revista de Sociologia e Política*. Vol. 19. N. 40. Out. 2011. Online disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782011000300010](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782011000300010)

de modo que estes os selecionam de maneira discricionária. Como nas instituições policiais não foi bem recebido o abrandamento da pena para o usuário, verificou-se o fenômeno do aumento do enquadramento dos casos como tráfico, desde a fase policial até o julgamento.

Essa seletividade do sistema punitivo que se estende desde o momento da abordagem policial até o judiciário encontra amparo na atual lei de drogas, tendo em vista a margem de subjetividade que comporta o enquadramento legal das condutas tipificadas. Ou seja, além de não estabelecer uma fronteira clara entre consumo e tráfico, ainda determina que no momento em que o magistrado decidir se a droga portada se destina ou não ao consumo pessoal, este deverá analisar não somente a quantidade e a natureza da substância, mas também prestar a devida atenção às circunstâncias sociais e pessoais do agente, além de sua conduta e seus antecedentes (Art. 28, § 2º). Estes critérios vagos – que na grande maioria dos casos, não obstante a pequena quantidade de droga apreendida com os indivíduos<sup>12</sup>, servem de embasamento para fundamentar as denúncias por tráfico, e acabam por gerar um quadro de encarceramento massivo, dirigido à uma parcela específica da população – jovens negros que habitam as periferias de grandes cidades.<sup>13</sup>

No que se refere a esse tratamento diferenciado nas incriminações previstas na atual lei de drogas, Campos, que efetuou uma pesquisa sobre as principais implicações da lei no sistema de justiça criminal da cidade de São Paulo, comprovou por meio dos dados apresentados em seu estudo que “o perfil social do acusado possui uma eficácia discursiva que se efetiva nos registros e estatísticas sobre quem é o ‘traficante’ e quem é o ‘usuário’”.<sup>14</sup> De acordo com o

<sup>12</sup> Marcelo Campos, ao realizar uma pesquisa acerca das quantidades de drogas apreendidas com as pessoas incriminadas pela polícia, chegou à conclusão de que 75% das pessoas incriminadas em duas regiões pobres de São Paulo, foram enquadradas no delito de tráfico por uma quantidade inferior a 25 gramas de substâncias ilícitas. (CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Pela Metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo**. Tese de Doutorado. USP, 2015. p. 159)

<sup>13</sup> SINHORETO, Jacqueline. **Seletividade penal e acesso à justiça**. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, Luiz José; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014. p. 409.

<sup>14</sup> CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Pela Metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo**. Tese de Doutorado. USP, 2015. p. 143.

autor, a ausência de critérios objetivos não impede que se estabeleça a distinção entre uma e outra conduta, mas sim o contrário, já que esta diferenciação de fato ocorre em um primeiro momento pelos policiais e após pelos juízes, visto que é com base no vocabulário de motivos específico de cada um que será determinado quais serão os indivíduos direcionados para o sistema médico-repressivo e quais serão encaminhados para as prisões.

Deste modo, por meio de uma série temporal, o autor evidencia que a principal implicação da lei 11.343/06 na cidade de São Paulo, foi o envio dos usuários para a prisão, e não o oposto, como se acreditava em um primeiro momento, quando da aprovação da lei. À medida em que transcorreu o tempo após a entrada em vigor da nova lei, é possível perceber um aumento do número de pessoas incriminadas por tráfico, e a conseqüente diminuição das incriminações por uso.<sup>15</sup> Dentro desta lógica, por meio de um modelo estatístico de regressão binária logística, Campos evidencia que a condição que mais incide no aumento das chances de alguém ser considerado traficante ou usuário é o ano:

Em 2009, tendo como referência o ano de 2004, as chances de uma pessoa ser incriminada por tráfico em relação ao uso aumentaram aproximadamente 4 vezes mais (3,95). Ou seja, à medida que os anos passaram e que a nova lei de drogas entrou em vigor (2006), a cada ano aumentaram gradativamente as chances de ser incriminado pela polícia por tráfico em relação ao uso<sup>16</sup>

Assim, quanto maior a distância em relação ao ano de 2006, quando a lei entrou em vigor, maior é o número de pessoas denunciadas por tráfico e menor é o número de indivíduos incriminados por porte para uso pessoal. Estas constatações, somadas a outros estudos<sup>17</sup>,

<sup>15</sup> CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Pela Metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo**. Tese de Doutorado. USP, 2015. p. 148.

<sup>16</sup> *Ibidem*. p. 156.

<sup>17</sup> Grillo, carolina Christoph; Policarpo, Frederico; Veríssimo, Marcos. 2011. **A “dura” e o “desenrolo”:** efeitos práticos da nova lei de drogas no Rio de Janeiro. *Revista de Sociologia e Política*. Vol. 19. N. 40. Out. 2011. Online disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782011000300010](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782011000300010)

demonstraram resultados que apontam para o mesmo sentido, ou seja, indicam os efeitos perversos da atual lei de drogas, que encarcera usuários e acarreta o aprisionamento massivo da população vulnerável.

## 2. A Lei 11.343/06 e o encarceramento no Brasil

Sobre a relação entre a atual lei de drogas e o aumento da população carcerária, estudo realizado sobre a política criminal no Brasil nos governos Lula e Dilma<sup>18</sup> demonstrou que dentre todas as reformas legais levadas a cabo neste período, a Lei 11.343 se destaca justamente por esse motivo. Ao analisar as diretrizes, as reformas legais e o impacto carcerário decorrentes das reformas legislativas na área penal abrangidas no espaço temporal proposto, a pesquisa afirma que do conjunto de reformas legais implementadas durante os anos de 2003 a 2014, a lei de drogas foi efetivamente a que mais contribuiu para o aumento das taxas de encarceramento no Brasil.

Deste modo, de todas implicações percebidas desde a implementação da atual lei de drogas, o crescimento acentuado do número de aprisionados no país é a mais expressiva. Se em um primeiro momento, ainda no período de sua construção no legislativo, a proposta trazida pela lei era a de reduzir danos e diminuir os problemas decorrentes do antigo texto legal, assim diferenciando condutas – usuários de pequenos e grandes traficantes – por meio da aplicação de penas distintas para cada um, no campo prático, como foi anteriormente apontado, isso não ocorreu.

De acordo com os últimos dados publicados pelo Ministério da Justiça, no ano de 2014 a população prisional brasileira atingiu a marca histórica de 607.331 pessoas que cumprem pena privativa de liberdade, ou seja, 299,7 presos para cada 100 mil habitantes. Quando se constata que desde o início dos anos 90 houve um crescimento de 575% nas taxas de aprisionamento no país<sup>19</sup>, e que atualmente o Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo e a segunda

<sup>18</sup> AZEVEDO, Rodrigo; CIFALI, Ana Claudia. **Seguridad Pública, Política Criminal y Penalidad em Brasil durante los Gobiernos Lula y Dilma (2003-2014)**. Cambios y Continuidades. In: SOZZO, Máximo (org.) *Postneoliberalismo y Penalidad em América del Sur*. Buenos Aires: CLACSO, 2016. p. 71.

<sup>19</sup> DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014**. p. 13. Disponível em: <<<http://www.justica.gov.br/noticias/mj->

em termos de crescimento, questionamentos acerca de quais foram as principais causas deste aumento expressivo se impõem.

O aumento da pena mínima do delito de tráfico para cinco anos, que em regra impede a aplicação de penas alternativas à prisão, assim como o crescimento constante do indiciamento de pessoas por comercialização de drogas e a diminuição das condutas enquadradas como consumo, foram fatores que agravaram as taxas de encarceramento, desde que a Lei 11.343 entrou em vigência em 2006. Somado a estes aspectos, o fato de o tráfico ser equiparado a crime hediondo, que nos moldes da Lei 8.072/90<sup>20</sup> acarreta aos presos que respondem por esse delito um maior tempo de cumprimento de pena para a progressão de regime, além de também obstruir a comutação de indulto, tem do mesmo modo um importante papel na elevação expressiva do número de encarcerados no país e no tempo em que estes permanecem nas prisões.<sup>21</sup>

Neste sentido, ao representar mais de um quarto dos delitos informados, o tráfico de drogas é hoje o crime de maior incidência no que se refere às ações penais pelas quais respondem as pessoas encarceradas no Brasil.<sup>22</sup> Ou seja, apenas um tipo penal é responsável atualmente por 27% dos aprisionamentos. Esta parcela, que antes da vigência da atual lei de drogas representava cerca de 10%, demonstra como o crescimento das prisões por tráfico teve um aumento desproporcional, quando comparada às taxas de crescimento total do número de encarcerados.

O gráfico abaixo ilustra o esse crescimento díspar, como segue:

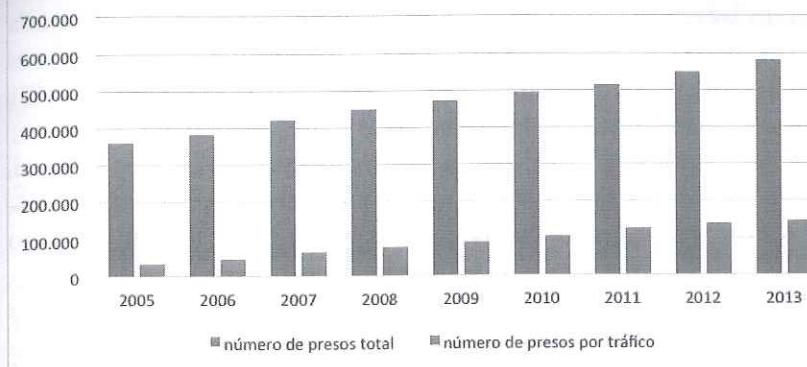
-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>

<sup>20</sup> BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: << [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>> acessado em: 23 abr. 2016.

<sup>21</sup> BOITEUX, Luciana. **O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2006.

<sup>22</sup> DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. INFOPEN – junho de 2014**. p. 71. Disponível em: << <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>> acessado em: 15 de mai. 2016.

**Crescimento da população carcerária total e dos presos por tráfico 2005 - 2013**



Dados: Infopen.

Deste modo, é possível verificar que a proporção do crescimento das taxas de encarceramento por tráfico foi maior do que o crescimento da população carcerária de maneira geral. O que indica que a atual lei 11.343/06 tem uma relação direta com o aumento massivo do número de presos, como foi antes apontado.

No que se refere ao encarceramento feminino, é possível constatar que este foi fortemente afetado pelas políticas proibicionistas e, por decorrência, pela atual lei de drogas. Com mais de 37 mil mulheres presas, - 6,4% do total de encarcerados do país - o Brasil atualmente ocupa a quinta posição no ranking dos países que mais prendem mulheres no mundo. Mesmo que quando comparado às taxas de encarceramento masculino esse número possa parecer reduzido, o crescimento da população prisional feminina entre os anos de 2000 e 2014 foi de 575%, ao passo que em relação aos homens este crescimento foi de 220%.<sup>23</sup>

A alta elevação nas taxas de encarceramento das mulheres - que na grande maioria dos casos são rés primárias, jovens, negras, com baixa escolaridade e mães - está profundamente atrelada com a atual lei de

<sup>23</sup> DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. INFOPEN Mulheres – junho de 2014**. p. 10. Disponível em: << <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>> acessado em: 10 jun. 2016.

drogas<sup>24</sup>. Essa afirmação se evidencia, posto que de acordo com dados de 2014, provenientes do Departamento Penitenciário Nacional, foi possível constatar que 68% dos crimes pelos quais as mulheres presas foram condeadas estão relacionados ao tráfico.<sup>25</sup> Além do mais, uma pesquisa realizada em Porto Alegre em 2013, revelou que naquele ano, de todas as 248 mulheres presas na Penitenciária Feminina Madre Pelletier, 90,72% delas cumpriam pena por decorrência do tráfico de drogas.<sup>26</sup>

Dentre todas as vulnerabilidades sociais – idade, classe social, escolaridade, cor, entre outras – que predispõem determinados grupos ao alcance do controle do estado operacionalizado pelo direito penal, as mulheres ainda têm somado a estas o marcador de gênero, que de acordo com pesquisas neste campo, aumentam as chances de incriminações por tráfico em relação ao uso, em comparação com os homens<sup>27</sup>. Neste contexto, o Grupo de Estudos “Mulheres Encarceradas”, em conjunto com mais 214 entidades, encaminhou à Presidência da República uma proposta de indulto e comutação de penas para mulheres presas, em sua maioria por tráfico de drogas. Por reconhecer a realidade social da mulher presa, a ausência de condições dignas dentro dos estabelecimentos prisionais e seu forte perfil de exclusão social, o pedido de indulto indica em sua fundamentação a necessidade de implementar políticas públicas direcionadas às mulheres encarceradas, que em cerca de 80% dos casos são também mães.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> SOUZA, Kátia Ovídia José de. **A pouca visibilidade da mulher brasileira no tráfico de drogas**. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v.14, n. 4, p.649-657, out./dez. 2009.

<sup>25</sup> DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. INFOPEN Mulheres – Junho de 2014**. p. 29. Disponível em: <<<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>> acessado em: 10 jun. 2016.

<sup>26</sup> PEREIRA, Larissa Urruth; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Política de Drogas e Aprisionamento Feminino – o tráfico e o uso na lei de drogas**. Anais do IV Congresso Internacional de Ciências Criminais. *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos*. 2013. Disponível em: <<<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/13.pdf>>>. Acessado em: 15 mai. 2016.

<sup>27</sup> Marcelo da Silveira Campos demonstra em seu estudo que as chances de uma mulher ser incriminada por tráfico são 2.38 vezes maiores que as de incriminação por uso, em comparação com a incidência que se opera aos homens. (CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Pela Metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo**. Tese de Doutorado. USP, 2015. p. 156).

<sup>28</sup> **Minuta de Decreto Presidencial de Indulto para Mulheres**. Disponível em: <<[http://www.ibccrim.org.br/docs/2016/indulto\\_para\\_mulheres.pdf](http://www.ibccrim.org.br/docs/2016/indulto_para_mulheres.pdf)>>

Diante tudo que foi exposto, se faz significativa a reflexão acerca da possibilidade e da necessidade de novas formas de tratar a questão das drogas consideradas ilícitas. Modelos alternativos que se distanciem das políticas de proibição, que busquem a preservação dos usuários e que implementem políticas públicas que possam de fato reduzir danos, precisam ser pensados como possibilidades viáveis de implementação para o Brasil.

### 3. Possíveis alternativas

Nesse sentido de rompimento com o paradigma proibicionista, cabe questionar qual modelo seria o mais adequado para substituí-lo. Há alguns anos, pensar novas maneiras de tratar a questão das drogas ilícitas, que se afastassem do paradigma de proibição, parecia passível de construção apenas no plano teórico. No entanto, atualmente, posto os tantos modelos que têm emergido, pensar em efetivas políticas de redução de danos, descriminalização e legalização, já não parece mais uma realidade tão distante do ponto de vista prático.

Mudanças no cenário internacional trazem fôlego ao debate acerca da necessidade de alteração das políticas de drogas. Vários países nos últimos anos têm demonstrado avanço nesta questão, e na América Latina, uma das regiões mais atingidas pelas mazelas acarretadas pelas políticas de guerra às drogas, é possível perceber o crescimento de um movimento anti-proibicionista. Em 2012, vários governantes latino-americanos – como os presidentes da Colômbia, Guatemala e do Uruguai – se posicionaram pela necessidade de mudanças no campo das políticas de drogas, ao reconhecerem sua ineficiência e os danos que impõem aos usuários e à população de maneira geral.<sup>29</sup>

Além disso, mudanças pontuais foram implementadas, como a decisão unânime da Suprema Corte da Argentina, pela inconstitucionalidade da criminalização do uso de drogas; o presidente boliviano Evo Morales ter requerido, perante a Organização das Nações Unidas, a revogação do artigo 39 da Convenção Única de 1961 Sobre Entorpecentes, com o fim de descriminalizar a mastigação da folha

acessado em: 22 mai. 2016

<sup>29</sup> BOITEUX, Luciana; LEMGRUBER, Julita. **O fracasso da guerra às drogas**. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, Luiz José; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014. p. 357.

de coca<sup>30</sup>; na Colômbia, a Corte Suprema de Justiça ter se manifestado contra a penalização de usuários de drogas; e o Equador ter proposto e aprovado a “anistia a pequenos traficantes”, a qual permitiu a libertação de mais de 1.500 indivíduos, tendo em vista a percepção da desproporcionalidade das penas aplicadas<sup>31</sup>;

Estes exemplos acima citados são apenas alguns dos tantos que têm emergido, e demonstram avanços significativos, no entanto pontuais. Deste modo, algumas experiências de países que adotaram políticas sólidas e implementam alterações estruturais em seu modo de tratar a questão das drogas ilícitas, merecem destaque. Dentre estes é possível citar Portugal, parte dos Estados Unidos e o Uruguai. Cada um destes três exemplos tem suas peculiaridades próprias e um funcionamento no campo prático que se opera de maneira distinta. No entanto, não obstante estas diferenças, os três se encontram em um ponto comum: o rompimento, mesmo que parcial, com o modelo proibicionista de tratamento às drogas consideradas ilícitas.

No que se refere a Portugal, pode ser dito que o país é um dos precursores no que tange à redução de danos, visto que já em 2001 tomou a decisão de descriminalizar o consumo de todas as drogas ilegais, ao considerar que a posse de quantidade para suprimento de até dez dias, não mais configuraria delito penal. No que tange aos parâmetros para a aplicação da lei em casos concretos, com o propósito de proteger os usuários de obscuridades legais e interpretações díspares, a legislação portuguesa estipula com clareza quantidades exatas de cada substância, para que a conduta seja considerada de porte para uso pessoal ou tráfico. Este volume aceitável pressupõe a quantidade que o indivíduo consome da substância pelo período de dez dias, por exemplo: cannabis folha, 25 gramas; haxixe, 5 gramas; cocaína, 2 gramas; heroína, 1 grama; LSD ou ecstasy, 10 comprimidos.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Importante destacar que a Convenção Única Sobre Entorpecentes, estipulou prazos (irracional) para a (utópica) erradicação do uso e da produção de substâncias consideradas ilícitas, inclusive aquelas que eram consumidas há milênios por tribos nativas da América Latina. Essa realidade segregadora ainda perdura, sem levar em consideração a diversidade cultural dos povos, impondo uma valorização negativa sobre uma cultura ancestral. (BOITEUX, Luciana, WIECKO, Ella Volkmer de Castilho (Coord.). **Tráfico e Constituição**. Série Pensando o Direito no 1/2009. Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 27)

<sup>31</sup> **Política de Drogas:** novas práticas pelo mundo. Comissão Brasileira sobre drogas e democracia. Disponível em: <http://www.bancodeinjusticas.org.br/> acessado em: 16 set. 2014.

<sup>32</sup> HART, Carl. **Um preço muito alto:** a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. Rio de Janeiro. Zahar. 2014. p. 27.

O resultado sentido em Portugal, após passados mais de dez anos desde que a descriminalização foi inserida no cotidiano do país, se mostra positivo. Diferentemente do que foi sustentado pelos setores conservadores – que eram contrários à implementação dessa política de drogas – o número de usuários e as mortes devido ao uso problemático das substâncias não sofreram aumento, mas sim o contrário, e atualmente o consumo de drogas no país é inferior à média europeia<sup>33</sup>. Ademais, um estudo acerca dos impactos da descriminalização do consumo de drogas no país revelou que a alteração da política de tratamento dado às drogas coincide com a redução dos usuários problemáticos e também com a diminuição dos danos correspondentes ao consumo<sup>34</sup>. Deste modo, Portugal correspondeu às expectativas daqueles que defendiam as políticas de descriminalização das drogas. Foi possível comprovar, após 14 anos de implementação, que retirar os usuários da esfera penal conjuntamente à implementação de políticas de redução de danos e conscientização, traz resultados benéficos para o país e seus cidadãos.

Outro destaque atual são alguns estados americanos, onde é possível perceber mudanças de paradigma significativas referentes ao tratamento dado à maconha. O país, líder da guerra contra as drogas, possui atualmente 23 Estados, mais o Distrito de Colúmbia, que permitem a utilização da *cannabis* com fins medicinais, e 17 que já descriminalizaram o consumo e o porte para uso próprio da substância. Além disso, o que mais chama atenção é o fato de que quatro Estados – Alaska, Colorado, Oregon, Washington –, além da Capital Washington D.C., legalizaram a produção e a venda da droga para o consumo com fins recreativos, em moldes de regulamentação muito semelhantes aos que normatizam o comércio do álcool.<sup>35</sup>

Esta novidade configura um rompimento significativo com as políticas de proibição. O estado do Colorado, que foi o primeiro a permitir a criação de pontos de venda de maconha, e também o pioneiro em número de consumidores que compram legalmente nos

<sup>33</sup> *Ibidem*. p. 309

<sup>34</sup> QUIINTAS, Jorge. **Estudos sobre os impactos da descriminalização do consumo de drogas em Portugal**. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão. Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM. 2014. p. 74.

<sup>35</sup> MARIJUANA POLICY PROJECT. **State Policy**. *Marijuana Policy Project*. Disponível em: <<<https://www.mpp.org/states/>>>. Consultado em 02 out. 2015.



estabelecimentos licenciados, é a referência principal quando se trata de substituir o paradigma da proibição pelo de regulação da droga. O Estado aprovou em 2012 a Emenda Constitucional 64<sup>36</sup>, que autoriza a produção, venda e aquisição da maconha e seus derivados para uso recreativo. Os parâmetros legais para a compra da droga são muito semelhantes aos estabelecidos para o álcool, como ter idade mínima de 21 anos para a compra e a proibição de dirigir, no caso de a substância ter sido consumida previamente. Com o objetivo de garantir o direito à privacidade dos usuários, não é necessário que estejam cadastrados em uma base de dados. Basta a simples apresentação de um documento que comprove a idade, no momento da compra da substância, para que a compra seja autorizada.<sup>37</sup>

É evidente que a legalização da maconha por si não é suficiente para romper de vez com o modelo de criminalização das drogas. No entanto, ao considerar que estes avanços – em relação à *cannabis* – têm ocorrido no país onde se desenvolveu a ideologia de proibição, não há como negar sua importância. Além do mais, 58% dos cidadãos norte-americanos acreditam que a maconha deveria ser legalizada<sup>38</sup>. Esta cifra, que nunca foi tão alta, demonstra que fronteiras morais estão sendo derrubadas e que o caminho para mudanças no tratamento dado às drogas está aberto.

Em verdade, das demonstrações atuais de enfrentamento e ruptura com os paradigmas de proibição, a que merece maior destaque, dado o caráter complexo e inédito do modelo apresentado, é a assumida pelo Uruguai. O país já se destacava, uma vez que é um dos poucos do mundo que nunca criminalizou o consumo de drogas ilícitas. No entanto, o que de fato chamou atenção para o país foi que, em 2013, o parlamento votou e aprovou a regularização do

<sup>36</sup> Amendment 64 Use and Regulation of Marijuana. Disponível em: [www.fcgov.com/mmj/pdf/amendment64.pdf](http://www.fcgov.com/mmj/pdf/amendment64.pdf)

<sup>37</sup> SÁNCHEZ, Virginia Montanez. **Rompiendo el hielo: La regulación del cannabis em Países Bajos, Colorado y Uruguay.** *Fundación Renovatio*. p. 49. Disponível em: < [https://www.academia.edu/8595756/Rompiendo\\_el\\_hielo\\_La\\_regulaci%C3%B3n\\_del\\_cannabis\\_en\\_Pa%C3%ADses\\_Bajos\\_Colorado\\_y\\_Uruguay\\_Donostia\\_San\\_Sebasti%C3%A1n\\_Fundaci%C3%B3n\\_Renovatio\\_Junio\\_2014](https://www.academia.edu/8595756/Rompiendo_el_hielo_La_regulaci%C3%B3n_del_cannabis_en_Pa%C3%ADses_Bajos_Colorado_y_Uruguay_Donostia_San_Sebasti%C3%A1n_Fundaci%C3%B3n_Renovatio_Junio_2014) > Acessado em 27 set. 2015.

<sup>38</sup> GALLUP.U.S., **58% Back Legal Marijuana Use.** *GALLUP*. Disponível em: < [256](http://www.gallup.com/poll/186260/back-legalmarijuana.aspx?g_source=-Social%20Issues&g_medium=newsfeed&g_campaign=tiles.>> Consultado em 27 out. de 2015.</p></div><div data-bbox=)

mercado da maconha para uso recreativo, medicinal e industrial, com a supervisão do Estado.

No campo da aplicação prática, o texto legal define um sistema de autorizações e mecanismos de regularização.<sup>39</sup> O sistema de permissão do mercado se dará em três modalidades: produção, comercialização e abastecimento pessoal. A permissão para produção autoriza estabelecimentos a produzirem maconha para uso pessoal e medicinal, além de permitir o cultivo de cânhamo, utilizado para a produção têxtil e de papel. A permissão para comercialização se dará em lugares específicos para a venda da substância (farmácias).

Já a permissão para o abastecimento pessoal concede ao usuário a possibilidade de adquirir a substância por meio de 4 vias: (a) auto cultivo, com previsão legal para a plantação de até 6 plantas, com produção anual permitida de no máximo 480 gramas; (b) em lugares de venda autorizada, com a possibilidade de compra de 10 gramas semanais por pessoa, ou até 40 gramas por mês; (c) o uso medicinal, com a autorização do Ministério da Saúde Pública; e (d) pelo *club de cannabis*, que configura o cultivo em grupo. Os clubes que recebem, após solicitação e aprovação, o reconhecimento de pessoa jurídica, podem ter de 15 a 45 sócios, com a permissão para o cultivo de não mais que 99 plantas e uma produção máxima de 480 gramas anuais por membro<sup>40</sup>.

O mecanismo de regulação consiste na fixação de uma série de pontos, que têm por objetivo controlar o processo, e assim reduzir danos e riscos. Dentre os mecanismos estabelecidos tem-se como principais: a venda proibida para menores de idade, sanções para aqueles que dirigirem sob os efeitos da droga, e também para os que a produzirem sem prévia autorização, além de diretrizes adotadas para o consumo – muito semelhantes com as já aplicadas para o tabaco – visto que a conduta está sujeita às normas de consumo em espaços públicos e sua publicidade é proibida.

Um dos principais motivos que levaram à regulação do mercado da maconha no Uruguai, foi o fato de que a droga configurava a substância de tráfico ilegal mais consumida no país. Quanto a isso,

<sup>39</sup> GARAT, Guillermo. **Um siglo de políticas de drogas em el Uruguay.** *Revista Análisis*, n° 1, Montevideo. 2013. Disponível em: < <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/uruguay/10001.pdf> > Acessado em: 22.03.2016.

<sup>40</sup> REGULACIÓN RESPONSABLE. **Proyecto de ley.** Disponível em: <http://www.regulacionresponsable.org.uy/#!proyectoLey>. Acessado em: 12 jun. 2015.

uma pesquisa realizada sobre prisões e drogas mostrou que 43% das 1.574 prisões por entorpecentes efetuadas pela polícia entre 2006 a 2009, foram motivadas por uma quantidade menor do que 9 (nove) gramas de maconha<sup>41</sup>. Estes números apontam para o impacto positivo que a implementação da regulação trará aos usuários e ao sistema judicial do país.

Assim como no Uruguai, no caso dos Estados Unidos a legalização da maconha também teve como um de seus objetivos a diminuição do número de presos, visto que o país hoje abriga 25% de toda população carcerária do planeta, não obstante os americanos representem apenas um total de 5% da população mundial. Portugal, da mesma maneira, instituiu políticas públicas descriminalizantes com a finalidade de diminuir prisões indevidas e o uso problemático dos toxicodependentes.

Desta forma, estes três modelos – Portugal com a descriminalização do consumo de todas as drogas e a definição de critérios objetivos de quantidades permitidas, os EUA, que em grande parte do território já descriminalizaram o consumo da maconha, legalizaram a venda da droga e o consumo com caráter medicinal e que recentemente, em alguns estados, tornou legal a produção, a venda e o consumo para fins recreativos, e mais recentemente o Uruguai, que de maneira inédita regularizou a produção, a venda e o consumo da maconha com controle estatal – são exemplos de como é possível aplicar mudanças efetivas no campo das políticas de drogas.

Independente das motivações que se deram em cada um dos casos, é possível perceber que os três partiram de um mesmo ponto: a proibição não diminui o consumo das drogas, apenas acarreta danos aos usuários, que recorrem a ilegalidade para ter acesso às substâncias desejadas, e ao Estado, que tem que arcar com investimentos em políticas de repressão às drogas e também na manutenção dos aparatos estatais de controle, como as prisões. Nos três exemplos apresentados, já é possível perceber sinais positivos desde que as mudanças foram adotadas, demonstrando que o rompimento com o modelo proibicionista é caminho que deve ser adotado também pelo Brasil.

<sup>41</sup> GARINOTTO, Giorgina. **Cárceles y drogas em uruguay**. Sistemas sobrecargados – Leyes de drogas y cárceles en América Latina. p. 86. Disponível em: <http://www.wola.org/sites/default/files/downloadable/Drug%20Policy/2011/Spanish/sistemas%20sobrecargados-resumen%20uruguay-web.pdf>. Acessado em: 21. Mai. 2015

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem preferido nos últimos anos uma série de decisões que demonstram a tendência de caminhar para a descriminalização das drogas. Em 2011, no julgamento da ADPF 187 os ministros decidiram de maneira unânime pela liberação da Marcha da Maconha no território nacional, por considerarem que se trata de um movimento social legítimo que reivindica de forma democrática, por meio da livre manifestação, a discussão do modelo proibicionista.

Outra decisão recente foi acerca do Habeas Corpus 118533, na qual o Supremo entendeu que o tráfico privilegiado não é mais considerado crime de natureza hedionda. Nos crimes hediondos a progressão de regime só pode acontecer após o cumprimento de 2/5 da pena para os réus primários e 3/5 no caso de reincidência, além do mais a aplicação de penas e medidas alternativas à prisão, dificilmente ocorre nestes casos. Ao levar em conta que a maioria dos condenados por tráfico eram primários no momento da sentença e que para uma fração significativa destes, em maioria mulheres, foi reconhecida a privilegiadora, é possível verificar que a decisão irá contribuir para a diminuição tanto do número de pessoas que respondem por tráfico com penas privativas de liberdade, quanto pelo tempo de pena cumprida em regime fechado.

Por fim, está em curso no Supremo o julgamento do Recurso Extraordinário 635659, que discute a inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal. Até o momento, três ministros já votaram no sentido da descriminalização, assim como se manifestaram acerca da necessidade de definição de critérios objetivos que diferenciem usuários de traficantes. Caso o Supremo continue no caminho de avanços no sentido da descriminalização, a votação da inconstitucionalidade da criminalização do uso será mais um passo importante no sentido de mudanças na política de drogas do país.

## Referências

AZEVEDO, Rodrigo; CIFALI, Ana Claudia. **Seguridad Pública, Política Criminal y Penalidad em Brasil durante los Gobiernos Lula y Dilma (2003-2014). Cambios y Continuidades**. In: SOZZO, Máximo (Org.) *Postneoliberalismo y Penalidad em América del Sur*. Buenos Aires: CLACSO, 2016. p. 71.

BOITEAUX, Luciana. **A nova lei antidrogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n. 167, p. 8-9, out. 2006

\_\_\_\_\_. **O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade.** Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2006.

\_\_\_\_\_. **Drogas y prisión: la represión contra las drogas y el aumento de la población penitenciaria em Brasil.** In: Transnational Institute; Washington Office on Latin America. *Sistemas Sobrecargados – leys de drogas y carceles em America Latina.* Ámsterdã/Washington, 2010.

BOITEUX, Luciana; LEMGRUBER, Julita. **O fracasso da guerra às drogas.** In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, Luiz José; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.). *Crime, polícia e justiça no Brasil.* São Paulo: Contexto, 2014.

BOITEUX, Luciana, WIECKO, Ella Volkmer de Castilho (Coord.). **Tráfico e Constituição.** Série Pensando o Direito no 1/2009. Brasília: Ministério da Justiça, 2009

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: << [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>> acessado em: 23 abr. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: << [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>> acessado em: 23 abr. 2016.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad. Disponível em: << [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>> acessado em: 23 abr. 2016

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Pela Metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo.** Tese de Doutorado. USP, 2015.

COMISSÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS E DEMOCRACIA. **Política de Drogas: novas práticas pelo mundo.** Comissão Brasileira sobre drogas e democracia. Disponível em: <http://www.bancodeinjusticias.org.br/> acessado em: 16 set. 2014

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN) - **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014.** p. 13. Disponível em: << <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>>

\_\_\_\_\_. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. INFOPEN**

**Mulheres – Junho de 2014.** p. 10. Disponível em: << <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>> acessado em: 10 jun. 2016.

DOMOSTAWSKI, Artur. **Política de droga em Portugal: os benefícios da descriminalização do consumo de drogas.** 2011, Global Drug Policy Program. Disponível em: < [http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/drug-policy-in-portugal-portuguese-20111206\\_0.pdf](http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/drug-policy-in-portugal-portuguese-20111206_0.pdf).>

GALLUP. **U.S., 58% Back Legal Marijuana Use.** GALLUP. Disponível em: < [http://www.gallup.com/poll/186260/back-legal-marijuana.aspx?g\\_source=Social%20Issues&g\\_medium=newsfeed&g\\_campaign=tiles.](http://www.gallup.com/poll/186260/back-legal-marijuana.aspx?g_source=Social%20Issues&g_medium=newsfeed&g_campaign=tiles.)>> Consultado em 27 out. de 2015.

GARAT, Guillermo. **Um siglo de políticas de drogas em el Uruguay.** *Revista Análisis*, nº 1, Montevideo. 2013. Disponível em: < <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/uruguay/10001.pdf>.> Acessado em: 22.03.2015.

GARINOTTO, Giorgina. **Cárceles y drogas em uruguay.** *Sistemas sobrecargados – Leyes de drogas y cárceles en América Latina.* p. 82. Disponível em: <http://www.wola.org/sites/default/files/downloadable/Drug%20Policy/2011/Spanish/sistemas%20sobrecargados-resumen%20uruguay-web.pdf>. Acessado em: 21. Mai. 2015

GRILLO, Carolina Christoph; POLICARPO, Frederico; VERÍSSIMO, Marcos. **A “dura” e o “desenrolo”: efeitos práticos da nova lei de drogas no Rio de Janeiro.** *Revista de Sociologia e Política.* Vol. 19. N. 40. Out. 2011. Online disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782011000300010](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782011000300010)>>

HART, Carl. **Um preço muito alto:** a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. Rio de Janeiro. Zahar. 2014

KARAM, Maria Lúcia. **Drogas e redução de danos.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 64, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 138.

LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Marcia (coord.) **Tráfico de drogas na cidade do Rio de Janeiro: prisão provisória e direito de defesa.** Boletim Segurança e Cidadania. Disponível em: << <http://www.ucam-cesec.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2015/10/Boletim-Trafico-de-drogas-epresos-provis%C3%B3rios.pdf>>> acessado em: 20 mai. 2016.

MARIJUANA POLICY PROJECT. **State Policy.** *Marijuana Policy Project.* Disponível em: << <https://www.mpp.org/states/>>>. Consultado em 02 out. 2015

**Minuta de Decreto Presidencial de Indulto para Mulheres.** Disponível em: << [http://www.ibccrim.org.br/docs/2016/indulto\\_para\\_mulheres.pdf](http://www.ibccrim.org.br/docs/2016/indulto_para_mulheres.pdf)>> acessado em: 22 mai. 2016

PEREIRA, Larissa Urruth; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Política de Drogas e Aprisionamento Feminino – o tráfico e o uso na lei de drogas**. Anais do IV Congresso Internacional de Ciências Criminais. Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos. 2013. Disponível em: <<<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/13.pdf>>>. Acessado em: 15 mai. 2016.

QUIINTAS, Jorge. **Estudos sobre os impactos da descriminalização do consumo de drogas em Portugal**. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM. 2014.

SÁNCHEZ, Virginia Montanez. **Rompiendo el hielo: La regulación del cannabis em Países Bajos, Colorado y Uruguay**. *Fundación Renovatio*. p. 49. Disponível em: < [https://www.academia.edu/8595756/Rompiendo\\_el\\_hielo.\\_La\\_regulaci%C3%B3n\\_del\\_cannabis\\_en\\_Pa%C3%ADses\\_Bajos\\_Colorado\\_y\\_Uruguay.\\_Donostia\\_San\\_Sebasti%C3%A1n\\_Fundaci%C3%B3n\\_Renovatio.\\_Junio\\_2014](https://www.academia.edu/8595756/Rompiendo_el_hielo._La_regulaci%C3%B3n_del_cannabis_en_Pa%C3%ADses_Bajos_Colorado_y_Uruguay._Donostia_San_Sebasti%C3%A1n_Fundaci%C3%B3n_Renovatio._Junio_2014)> Acessado em 27 set. 2015

SINHORETO, Jacqueline. **Seletividade penal e acesso à justiça**. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, Luiz José; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

SOUZA, Kátia Ovídia José de. **A pouca visibilidade da mulher brasileira no tráfico de drogas**. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v.14, n. 4, p.649-657, out./dez. 2009.

URUGUAY, Regulación Responsable. **Proyecto de ley**. Disponível em: <http://www.regulacionresponsable.org.uy/#!proyectoLey>. Acessado em: 12 jun. 2015.

## “Mulher dos irmão”: Breves reflexões sobre mulheres no tráfico de drogas em São Paulo

13

Paula Pereira Gonçalves Alves<sup>1</sup>  
Victor Siqueira Serra<sup>2</sup>

### 1. Introdução

Não se apresenta – ou, ao menos não deveria – como novidade a ideia de que qualquer discussão sobre mulheres exige a mobilização de um arcabouço teórico que possibilite a compreensão das relações sociais em toda sua complexidade. Ao longo de todo o percurso das teorias de gênero, tornou-se cada vez mais evidente e menos questionada a necessidade de se articular os “problemas de gênero”<sup>3</sup> com seus atravessamentos de raça, classe, sexualidade, dentre tantos outros processos que compõem o tecido social. Assim, a fim refletir em suas complexidades a questão das mulheres inseridas no tráfico de drogas, é fundamental que a abordagem tenha como base teórico-metodológica os significados em gênero.

O título do trabalho, “mulher dos irmão”, conforme se argumentará, faz referência a uma posição de maior prestígio nas relações em torno do PCC. Os “irmão”, de acordo com os pesquisadores Gabriel Feltran e Karina Biondi, são homens “batizados”, integrantes

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Franca (Unesp). Auxiliar da pesquisa: “Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão”, 2015.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Franca (Unesp). Membro do Grupo de Extensão Cárcere, Expressão e Liberdade (C.E.L).

<sup>3</sup> Referência ao título do livro de Judith Butler, publicado pela primeira vez em 1991, considerado por muitos como um dos grandes marcos da terceira onda feminista. BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

do Comando<sup>4</sup>. Enquanto que as mulheres com quem se relacionam consideram estar melhor posicionadas. Propõe-se, assim, abrir as possibilidades de reflexão e do olhar lançado ao objeto de estudo, sem com isto buscar esgotar as ideias apresentadas e articuladas. Elas indicam, sobretudo, as lentes (teóricas, políticas e metodológicas) pelas quais as experiências de mulheres envolvidas direta ou indiretamente com o tráfico de drogas serão analisadas

A partir da experiência da autora na pesquisa “Dar à Luz na Sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão”<sup>5</sup>, notou-se que a conjuntura de significados da mulher e o crime requer uma visão analítica aberta e holística condizente com a complexidade do encarceramento feminino. Por meio de etnografia e entrevistas em torno da temática maternidade e prisão, realizadas em diversos estabelecimentos prisionais e entre atores do sistema criminal, no Brasil e um na Argentina, a pesquisa apontou que, institucionalmente, exercer a maternidade e estar presa constituem dois campos antagônicos e excludentes. Dessa forma, a configuração “mulher-criminosa” representa uma ruptura com as expectativas de gênero impostas sobre mulheres – especialmente mães.

Ter cometido um crime passa a significar incapacidade materna, como se não fosse possível ser criminosa e “boa mãe”. Por conta disso, por um lado, a maternidade, em alguns casos, torna-se instrumento de incremento de pena e sofrimento<sup>6</sup>. Por outro, esse mesmo exercício de maternidade na prisão, fundado em estratégias de controle de corpos e filhos dessas mulheres, é interpretado, por alguns atores

<sup>4</sup> Neste sentido, ver: BIONDI, Karina. *Junto e Misturado: Uma Etnografia do PCC*. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2010. Assim como: FELTRAN, Gabriel de Santis. *Crime e Castigo na Cidade: os repertórios da justiça e a questão do homicídio nas periferias de São Paulo*. Caderno CRH, Salvador, v. 23, n. 58, Jan./Abr. 2010. p. 63.

<sup>5</sup> BRASIL. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Dar à Luz na Sombra: condições atuais e futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*. Brasília: Ministério da Justiça; IPEA, 2015.

<sup>6</sup> Como exemplo, destaca-se a forte regulação estatal sobre cuidados com a criança (como e quando alimentar e dormir), a ruptura da hiper à hipo maternidade (mães que, isoladas de outras presas, ficam 24 horas por dia com seus bebês e, após seis meses, rompem subitamente esse convívio, muitas vezes perdendo a guarda e nunca mais localizando essa criança) e as condições das alas reservadas para mães e seus bebês – geralmente precárias, quando existem.

do sistema criminal<sup>7</sup>, como uma modalidade de “ressocialização”. Por meio dessa pesquisa foi possível notar que as questões de gênero eram evidentes no ambiente prisional, tais como: significação de maternidade, atividades laborais voltadas, por vezes, aos afazeres domésticos, narrativas por parte de atores do sistema criminal direcionados ao ideal-mulher, etc.

De tal modo, as implicações desses significados também estão inseridas na relação da mulher e tráfico de drogas. É neste sentido que o presente trabalho busca lançar breves notas reflexivas a respeito das relações de poder presentes no tráfico em relação às mulheres, cuja atividade se dá ora como protagonistas, ora como figurantes diante da categoria “mulher do home”. Isto é, nas circunstâncias em que as mulheres que estão inseridas na comercialização das drogas não exercem o protagonismo, mas nos casos em que elas estão vinculadas à figura do homem no crime e, particularmente, no tráfico de drogas. A pesquisa parte de dados indiretos produzidos por algumas pesquisas empíricas, tendo como quadro teórico estudos sobre violência, e as concepções de gênero adotadas direcionam para o desenvolvimento dos conceitos de interseccionalidade e categorias de articulação. Por fim, mister pontuar que as experiências dos autores, ocasionadas pelo envolvimento em projetos de pesquisa e extensão com visita in loco a estabelecimentos de privação da liberdade de mulheres, foram elementares para lançar uma sensibilidade na forma de representação do ser humano e uma concisa contribuição para o desenvolvimento da temática, embora não se faça nenhuma menção direta a isso ao longo do texto.

## 2. Gênero: da categoria analítica aos processos sociais de conformação

Segundo Joan Scott, as teorizações de gênero devem ser desenvolvidas a partir da compreensão que gênero é uma das dimensões pelas quais o poder é articulado – nem sempre numa relação direta e explícita. Quando se entende o conceito de gênero enquanto um conjunto de relações (historicamente situadas), emergem os contextos específicos em que gênero(s) e sociedade se constroem mutuamente.

<sup>7</sup> Conforme observado pela equipe, em visita à Penitenciária Feminina de Piraquara, no estado do Paraná.

Dessa forma, a (re)construção de uma política feminista deve ser (re)definida e (re)estruturada incluindo não somente sexo e gênero, mas também classe e raça.<sup>8</sup>

Nas palavras de Teresa de Lauretis “a construção cultural do sexo em gênero e a assimetria que caracteriza todos os sistemas de gênero através das diferentes culturas (embora cada uma a seu modo)”<sup>9</sup> deve ser entendida como estando “sistematicamente ligadas à organização da desigualdade social”. Para a autora, ao aceitar a proposição feminista de que o pessoal é político, a ruptura entre a esfera doméstica (família, afetividade e sexualidade) e a da produtividade (trabalho e a maioria das relações de produção) se desfaz. Como consequência, passa-se a analisar a realidade social como um emaranhado de relações – dentre as quais, para a presente análise, destacam-se classe, raça, gênero, sexualidade e vínculos pessoais (afetivos, funcionais, dentre outros). De acordo com a autora, “os homens e as mulheres não só se posicionam diferentemente nessas relações, mas – e esse é um ponto importante – as mulheres são diferentemente afetadas nos diferentes conjuntos”. Nesse sentido, observa-se que essas relações se articulam de forma a (re)produzir as estruturas socioeconômicas que garantem o domínio masculino. O “lugar da mulher”, portanto, não se constrói em um espaço deslocado, antes ou fora da cultura, mas dentro da existência social. Gênero, assim, se torna “uma forma de conceitualizar, de entender, de explicar certos processos e não as mulheres”.

Em sentido próximo, Joan Scott pontua que é preciso (re)avaliar criticamente os métodos de análise e como se compreende os processos de conformação – e os de transformação – que atravessam e são atravessados pelo gênero. Ao invés de buscar origens únicas, é preciso conceber conjuntos de relações tão interconectados que não podem ser descolados.<sup>10</sup> No afazer científico, identificam-se problemas para estudar e eles constituem pontos de partida. Mas são os processos complexos – dos quais esses problemas fazem parte – que devem estar sempre em vista. A autora ainda afirma que o lugar da

<sup>8</sup> SCOTT, Joan W. A Useful Category of Historical Analysis. *The American Historical Review*, Vol. 91, No. 5. (dec., 1986), pp. 1069-1075.

<sup>9</sup> LAURETIS, Teresa de. A tecnologia do gênero. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de. *Tendências e impasses: o feminismo como crítica da cultura*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994. p. 212-217.

<sup>10</sup> SCOTT, Joan W. Op. Cit., p. 1067.

mulher na vida social não é um produto direto de suas ações, mas do significado que essas ações adquirem nas interações sociais concretas.

Segundo Adriana Piscitelli, algumas autoras optam pelo uso dos termos interseccionalidade ou categorias de articulação, enquanto outras utilizam ambos alternadamente, traçando análises que consideram a (re)produção das relações sociais (subjetivas e intersubjetivas) como uma confluência de múltiplos processos de gênero, raça e classe – não sobrepostos, mas complementares.<sup>11</sup> Nesse sentido,

Algumas discussões sobre interseccionalidade consideram que essa conceitualização é problemática porque coloca excessiva ênfase nos eixos classificatórios não prestando suficiente atenção à experiência. Assim, poderia ser pensado que o trabalho com categorias de articulação se diferencia da análise das interseccionalidades, pois as autoras que trabalham com categorias articuladas concedem lugar de destaque à experiência. Contudo, nesse debate as visões sobre diferença, poder e agência presentes nas diversas abordagens são mais importantes do que os termos que designam esses conceitos (interseccionalidade ou categorias de articulação). Brah (2006; 2004), por exemplo utiliza alternativamente a idéia de categorias de articulação e de interseccionalidades.<sup>12</sup>

Sendo gênero um conjunto de relações, compreender as experiências de mulheres no tráfico de drogas exige lançar um olhar à conjuntura estrutural e aos sujeitos (e, nesta análise, especialmente as sujeitas) envolvidos nessas atividades e como operam os mecanismos de conformação de gênero, que transpassam (e são transpassados) por raça, classe, sexualidade, afetos e investimentos, em um contexto específico.

A maioria das mulheres capturadas pelo sistema de justiça criminal é composta por negras, pobres, moradoras de regiões periféricas, com baixa escolaridade e envolvidas (de diferentes formas) com o tráfico de drogas<sup>13</sup>. No entanto, estas características certamente não

<sup>11</sup> PISCITELLI, Adriana. Interseccionalidades, categorias de articulação e experiências de migrantes brasileiras. *Sociedade e Cultura*, v.11, n.2, jul/dez. 2008. p. 263.

<sup>12</sup> Id. p. 269.

<sup>13</sup> Vide: BRASIL, Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional: dados gerais mulheres presas. Infopen Estatística. Brasília: 2014. Disponível em:

esgotam as relações sociais que perpassam e compõem essas mulheres. Indagar sobre elas e sua participação no tráfico de drogas exige que se considerem, dentre muitas outras dimensões, sua relação com o Primeiro Comando da Capital (PCC) e seus (e suas) integrantes, e seus (des)encontros com as instituições formais de controle – principalmente o sistema prisional.

Conforme aponta Natália Padovani, as instituições formais e sua seletividade têm um papel significativo na (re)produção das diferenças e da configuração de hierarquias sociais.<sup>14</sup> Especialmente por meio de classificações, autorizações, permissões, omissões e punições, o funcionamento institucional condiciona – ou ao menos influencia – a organização do “crime” e as trajetórias de homens e mulheres que nele e por ele se constroem.

As diferentes etnografias utilizadas como ponto de partida para estas breves reflexões representam olhares focalizados em algumas das dimensões de um mesmo processo que conforma as mulheres observadas – “dentro” e “fora” do crime, do PCC e da prisão. Essas pesquisas buscaram analisar algumas das categorias mobilizadas por mulheres em seu cotidiano, por meio de práticas e discursos, que as posicionam em relação às instituições, aos homens e umas às outras. Instituições estas que qualificam suas trajetórias e condicionam suas possibilidades de agência; que as constituem não apenas como mulheres, mas também como bandidas (ou não), como presas ou mulheres de presos, como irmãs, cunhadas e mães e que articulam, portanto, diversas relações de poder que configuram suas experiências.

### 3. As mulheres no comércio de drogas ilícitas: caminhadas entre a prisão e o mundão<sup>15</sup>

Embora o ponto de partida desta análise sejam as experiências de mulheres envolvidas com o tráfico de drogas, independente de estarem

<sup>14</sup> <<http://www.depen.pr.gov.br>>. Acesso em: outubro de 2015.

<sup>14</sup> PADOVANI, Natália Corraza. Detalhe ou dispositivo de gestão da vida? breves reflexões sobre gênero e processos de estado. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 24, n. 282, p.16-17, mai. 2016.

<sup>15</sup> Conforme explica Ana Gabriela Mendes Braga, “mundão” é a forma como pessoas em privação de liberdade costumam se referir ao que está fora da prisão. BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Entre a prisão e o mundão: entrada da sociedade civil no cárcere e reintegração social. Revista Espaço Acadêmico, n. 154, mar., 2014.

ou já terem sido presas (ou não), ignorar o papel das instituições prisionais acarretaria leituras bastante limitadas – e quiçá equivocadas. Primeiramente, pois, se partimos de perspectivas críticas de gênero, toda relação de poder capaz de (re)ordenar e hierarquizar pessoas, de permitir ou proibir vínculos, de categorizar pessoas e documentos, deve ser objeto de investigação. Em segundo, porque prisão, PCC e tráfico de drogas não consistem em universos paralelos. Pelo contrário, são arranjos que se atravessam, constituindo pontos de encontros e tensionamentos, contradições e complementaridades, rupturas e continuidades. Nesse sentido, torna-se necessário compreender o emaranhado de categorias e relações impostas sobre e acionadas pelas mulheres envolvidas com o tráfico.

Em termos quantitativos da população carcerária total, entre os anos 2000 e 2014, é possível notar a diferença que separa a população carcerária masculina da feminina: do total que havia 548.003<sup>16</sup> pessoas presas, até junho de 2014, menos de 40 mil são mulheres. Embora as mulheres ainda sejam minoria no sistema penitenciário, o crescimento da população carcerária feminina aumentou 540% nos últimos dez anos, enquanto a masculina, no mesmo período, cresceu apenas 120%.<sup>17</sup>

Conforme já mencionado, segundo dados coletados do Infopen, de junho de 2014, 68% das mulheres presas no Brasil são acusadas de envolvimento com o tráfico de drogas, enquanto apenas 25% dos homens respondem pelos mesmos crimes. Grande parte dessas mulheres, além de negras, pobres e com baixa escolaridade, são jovens, solteiras<sup>18</sup> e mães. Esse é um dado importante, vez que os vínculos afetivos e

<sup>16</sup> Com dados mais recentes, segundo os dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, a população carcerária total equivale a 715.655 presos no país. Disponível em: <[www.observatoriodeseguranca.org](http://www.observatoriodeseguranca.org)>. Acesso em: janeiro de 2016. Porém, embora a população prisional total tenha aumentado, é possível divulgar dados comparativos entre mulheres e homens apenas acerca do período de 2000 até junho de 2014.

<sup>17</sup> PASTORAL CARCERÁRIA. Agende Nacional pelo Desencarceramento 2014. Dados disponíveis em A <[carceraria.org.br](http://carceraria.org.br)>. Acesso em: janeiro de 2015.

<sup>18</sup> Estar solteira, nesse registro, significa apenas não estar formalmente casada. Os vínculos afetivo-sexuais, especialmente quando referentes a membros do PCC, têm profunda conotação moral e posicionam pessoas em relação ao coletivo, e, portanto, são rigidamente disciplinados. Apesar disso, formalizações costumam ser feitas apenas quando exigidas pelos estabelecimentos para que se permitam visitas e trocas de correspondência.

sexuais com membros do PCC (presos ou não) e a maternidade são elementos importantes das experiências e narrativas dessas mulheres.

Por vezes, muitas dessas mulheres são presas justamente ao tentar ingressar com drogas em prisões masculinas, com o intuito de levá-las aos seus companheiros, filhos e parentes em geral. Essa conduta, além de ser uma causa de aumento de pena do crime de tráfico (artigo 40, inciso III Lei 1234/ 06), faz com que a mulher seja levada da unidade visitada diretamente para a prisão em flagrante.

Segundo Misse, uma das explicações sobre a lógica da grande participação de pessoas no tráfico de drogas estaria relacionada ao potencial de lucratividade presente nesse mercado informal e ilegal, que continua a atrair jovens pobres (ou mesmo de classe média e parcela significativa de policiais e outros agentes do Estado) para o “ganho fácil”, apesar dos altos riscos de prisão ou morte<sup>19</sup>. Contudo, a complexidade desse fenômeno é acentuada quando se refere à relação simbiótica entre gênero e comércio de drogas. De acordo com o Relatório da CPI do Sistema Carcerário (2015), as mulheres em situação de prisão integram grupos de “vulnerabilidade e exclusão social: a maioria tem idade entre 20 e 35 anos, é chefe de família, possui em média mais de dois filhos menores de 18 anos, apresenta escolaridade baixa”. Além disso, a Pastoral Carcerária ainda ressalta que a maioria das mães presas está na condição de mães solteiras.<sup>20</sup>

Considerando que muitas destas mulheres possuem baixa escolaridade e são negras, as possibilidades de um emprego lícito que possa garantir boas condições de vida para elas e seus filhos é muito pequena. Além disso, esta é uma atividade muitas vezes exercida no âmbito doméstico, espaço historicamente feminino – o que possibilita a muitas mulheres chefes de família, responsáveis pela renda, cuidar dos filhos e das filhas ao mesmo tempo em que trabalha.<sup>21</sup>

Isto agrava a situação dessas mulheres que, ao exercerem o papel de mães chefes de família e encontrarem no tráfico de drogas uma

<sup>19</sup> MISSE, Michel. Crime e Violência no Brasil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 113.

<sup>20</sup> Vide: PASTORAL CARCERÁRIA. Agende Nacional pelo Desencarceramento. Dados disponíveis em, 2014. Disponível em: <carceraria.org.br >. Acesso em: janeiro de 2015.

<sup>21</sup> Neste sentido, ver: HELPES, Sintia Soares. Vidas em Jogo: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014. p. 64-66.

fonte rentável, correm o risco de serem presas e, conseqüentemente, fragilizar os laços com a família, em virtude da pena privativa de liberdade. Em linhas gerais, a participação feminina neste cenário torna-se uma “faca de dois gumes”: ora o tráfico de drogas é uma forma de renda que poderá contribuir para o sustento dos filhos – além de viabilizar a sua maior permanência no ambiente doméstico junto à família; ora esta mesma saída poderá tomar dela sua liberdade e retirar-lhe do convívio com filhos e filhas. Além disso, uma crítica central diz respeito à questão da condição de mulheres, tanto por exercerem a comercialização de drogas ilícitas em espaços domésticos, particularmente, no estado de São Paulo, quanto em razão das relações de poder presentes, especificamente, no Primeiro Comando da Capital.

No que tange às relações inseridas na prisão, interessantes experiências etnográficas<sup>22</sup> em instituições prisionais femininas de São Paulo observaram que, por meio da regulação de visitas íntimas, correspondências, documentos e jumbos, o Estado (re)configura os vínculos afetivo-sexuais, sejam eles casos ou casamentos. O sistema carcerário (re)produz assimetrias de gênero, quando, por exemplo, permite visitas íntimas aos homens e dificilmente às mulheres, ou quando permite que pessoas com diversos graus de parentesco visitem e levem filhos para visitar homens presos, ao passo que restringe as pessoas permitidas para as mulheres presas. Além disso, delimita como possíveis somente relações heterossexuais e monogâmicas, preferencialmente formalizadas e de certa duração. Esse modelo pode ser visto – embora frequentemente desafiado – também nas práticas e narrativas do PCC. É nesse registro que se observam as conseqüências desses (re)arranjos na vida das mulheres envolvidas com o tráfico.

<sup>22</sup> Segundo Natália Padovani e Jacqueline Ferraz de Lima, muitos estabelecimentos prisionais permitem apenas uma mulher no rol de visitas dos homens presos – mulheres em privação de liberdade raramente podem exercer esse direito – e, uma vez colocado um nome, por seis meses somente essa mulher poderá fazer visitas, mesmo que o relacionamento termine. “Jumbo” é a expressão utilizada para se referir às coisas enviadas para pessoas em privação de liberdade, como artigos de higiene e roupas. Vide: PADOVANI, Natália Corraza. **Sobre Casos e Casamentos:** afetos e “amores” através das penitenciárias femininas em São Paulo e Barcelona. Tese (Doutorado em Antropologia Social). Programa de Pós Graduação em Sociologia. Unicamp, 2015; FERRAZ DE LIMA, J. S. **Mulher Fiel:** as famílias das mulheres dos presos relacionados ao primeiro comando da capital. 2013. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2013.



Estando ou não presas, sobretudo as mulheres são responsáveis pela manutenção da família. Por um lado, de acordo com Ana Gabriela Braga (2015), mulheres em privação de liberdade recebem menos visitas, têm mais dificuldade em manter vínculos afetivos com maridos, parentes e filhos e, por isso, sofrem um processo de solidão e abandono – que, por ocorrer com bem menos frequência entre homens, pode ser compreendido também como marcado pelo gênero. Por outro lado, segundo Jacqueline Ferraz de Lima (2013), sobre as mulheres que se relacionam com membros do PCC em privação de liberdade recaem narrativas e exigências – muitas vezes acionadas pelas próprias mulheres – que borram as fronteiras entre legalidade e moralidade. Para esta autora, espera-se da cunhada<sup>23</sup> que seja uma mulher *fiel*.

Em síntese, a imagem da *fiel* circunscrevia um espaço possível de visita; envolvia a publicização do relacionamento com o apenado; uma dedicação ao marido em consonância aos *sacrifícios*, ao *proceder* e à *disciplina* implicados em aderir à *caminhada*; a circunspeção enunciativa; e a ideia de respeito pelo marido e suas derivações, como entraves concernentes às vestimentas e ao gênero musical, a fabricação de territórios de frequência e dos perímetros de convivência.<sup>24</sup>

Espera-se da mulher *fiel*, portanto, uma *caminhada reta*, uma adesão às regras do PCC – na prisão e no mundão. A *caminhada reta* também aparece no trabalho de Natália Padovani.<sup>25</sup> Ambas as autoras o apontam como sendo um termo polissêmico (nesses contextos), mas que significa, principalmente, ter um bom *proceder*, ter respeito tanto em relação ao Comando quanto aos *irmãos* com quem se relacionam.

Para Jaqueline Ferraz de Lima (2013), existe um “estado intencional intrínseco” na adesão de mulheres “à *caminhada*, à disposição em

<sup>23</sup> Explica a autora que “irmão” do PCC é quem já foi batizado e faz parte da organização e atuação do Comando. A mulher que se relaciona com um “irmão” passa a ser considerada cunhada. Vide: FERRAZ DE LIMA, J. S. **Mulher Fiel**: as famílias das mulheres dos presos relacionados ao primeiro comando da capital. 2013. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2013.

<sup>24</sup> Id. p. 134

<sup>25</sup> PADOVANI, Natália Corraza. Sobre Casos e Casamentos: afetos e “amores” através das penitenciárias femininas em São Paulo e Barcelona. Tese (Doutorado em Antropologia Social). Programa de Pós Graduação em Sociologia. Unicamp, 2015.

atender aos enunciados dispostos em ser uma mulher *fiel*, que, dessa maneira, passam a ser considerados investimentos das *cunhadas* e não aniquilação da própria vontade ou possível submissão aos seus maridos”<sup>26</sup>. Nesse sentido, autora entende que as táticas e negociações que mulheres mobilizam em torno de seus companheiros e do Primeiro Comando da Capital um “efeito-resistência”. Não restam dúvidas de que as mulheres articulam sagazmente afetos e documentos, que reconfiguram relações de poder constantemente. No entanto, essas possibilidades de agência não podem ser desvinculadas de seu contexto.

Segundo Teresa de Lauretis, o que faz alguém se posicionar em certos discursos e práticas é um investimento, “algo entre um comprometimento emocional e um interesse investido no poder relativo (satisfação, recompensa, vantagem) que tal posição promete (mas não necessariamente garante)”<sup>27</sup>. Nesse sentido, os investimentos feitos por mulheres na adesão à *caminhada*, à *disciplina*, para que possam ascender na hierarquia do tráfico de drogas ilícitas, representam, sim, agências – mas contingentes e condicionadas. São possibilidades produzidas e expandidas por essas mulheres, mas limitadas por relações de poder que transpassam e ultrapassam suas vontades.

Todas as categorias mobilizadas nesses trabalhos etnográficos e analisadas por suas autoras constituem o conjunto de processos que conformam as mulheres no tráfico de drogas. Elas posicionam mulheres e homens, de formas diferentes, “dentro” e “fora” da prisão, do PCC e do tráfico. Nesse emaranhado de relações e significados, destacamos um relato que exemplifica a complexidade com que as relações de gênero se constroem:

Era a vez dela se tornar “cunhada”. “É, porque as irmãs são tudo lagartixa dos irmãos né? Mas *nós* não! Cunhada é a mulher dos home! A gente é quem manda mesmo”. Dizia Adelina, ansiosa e incrédula de que ela e seu marido, magrelos, pretos e pobres estavam em vias de se tornarem “irmão” e “cunhada do partido”. Fato que a deixava, simultaneamente, orgulhosa e apavorada. No processo de tornar-se “irmão”, ao qual seu marido

<sup>26</sup> LIMA, Jacqueline. Op. cit. p. 142.

<sup>27</sup> LAURETIS, Teresa de. A tecnologia do gênero. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de. Tendências e impasses: o feminismo como crítica da cultura. Rio de Janeiro: Rocco, 1994. p. 225.

estava inserido, todos os segredos sobre a vida de Adelina durante os quatro anos passados na prisão seriam, muito provavelmente, a ele revelados pelas “irmãs da prisão”. Afinal, “entrar para a família” implicava em “saber a caminhada” dos novos integrantes.<sup>28</sup>

Nesta passagem se revelam diferentes sentidos atribuídos à entrada ao PCC. A ansiedade e o orgulho percebidos na afirmação de Adelina, ao dar a notícia, evidenciam o aspecto positivo de fazer parte do Comando. No entanto, existe também apreensão e medo, decorrentes de sua *caminhada torta*. Não ter acatado a todas as regras, ter dado pouca atenção ao marido, não só ter se relacionado com outra pessoa enquanto era casada, mas ter se relacionado com outra mulher enquanto estava presa, conforme relata Natália Padovani (2015), faziam com que Adelina temesse, por si e pelo marido. Esse temor pode ser compreendido como parte das relações sociais que conformam sujeitos – na nossa realidade, necessariamente generificados.

Existe a revelação de que as irmãs do PCC não têm o mesmo poder conferido aos homens. Elas são “lagartixas dos irmãos” e, de certa forma, representam uma autoridade relativa e relativizada. Nesse registro, as mulheres que se relacionam com irmãos, as cunhadas, são “quem manda mesmo”. Assim, os processos de conformação que atuam sobre mulheres envolvidas no tráfico de drogas incluem as posições que adquirem em relação às instituições e ao Comando. Em outras palavras, as representações da mulher no tráfico de drogas giram em torno da ideia de “mulher do home”. Essa afirmação revela a naturalização de um lugar de dependência e inferioridade da mulher em relação ao homem nas relações de poder do PCC e, portanto, do tráfico de drogas. Mais do que uma irmã, ela é cunhada, casada com um irmão – o que pressupõe que as mulheres, sem um relacionamento com um irmão, dificilmente vão “crescer” e galgar posições superiores na hierarquia do Comando.

Porém, a pesquisa de Mariana Barcinski, na cidade do Rio de Janeiro, traz algumas evidências e narrativas de mulheres como agentes protagonistas no comércio de drogas ilícitas, que subverte teorias e discursos acerca das relações entre poder e gênero<sup>29</sup>. Com

<sup>28</sup> PADOVANI, Natália Corraza. Op. cit. p. 181.

<sup>29</sup> BARCINSKI, Mariana. Protagonismo e vitimização na trajetória de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas no Rio de Janeiro. *Ciência saúde*

isto, interessante observar que, a depender das relações e hierarquias nas práticas de crime, o lugar da mulher muda. Diferentemente do Rio de Janeiro, as relações do PCC em São Paulo situam em relações marcadas em termos de hierarquia e sistemas de valores sociais<sup>30</sup>, adotados por um determinado grupo formado por homens, que são refletidos nas mulheres. Sintia Helpes, em pesquisa sobre o tema em São Paulo, aponta que as mulheres têm alcançado lugares hierárquicos até pouco tempo exclusivos aos homens, “algumas delas começam a ascender a posições mais importantes, como gerentes e donas de boca de fumo”.<sup>31</sup>

A autora ainda explica que essa hipótese não exclui a possibilidade de que gênero seja um elemento incisivo e disciplinador às mulheres que estão no tráfico de drogas. Embora haja essas hierarquias e atribuições de tarefas diferente a dos homens, elas não são suficientes para inibir a participação feminina no tráfico. O que se observa a partir dos dados estatísticos é o contrário: as mulheres estão, cada vez mais, envolvidas com a comercialização de drogas e em funções mais restritas aos homens<sup>32</sup>. Por um lado, as mulheres assumem progressivamente atividades e locais atribuídos normalmente aos homens. Por outro, o crescente (e desproporcional em relação aos homens) encarceramento de mulheres por tráfico de drogas sugere uma carga de gênero, marcadamente pelo ambiente doméstico e pela compreensão da atividade como “negócio da família”. É sobre essas aparentes contradições que buscamos nos debruçar: há evidências empíricas e narrativas de mulheres protagonistas para além da figura de “mulher do home” e dos espaços construídos a partir de preceitos de feminilidade como sendo apropriados às mulheres. Os controles pelos quais essas mulheres passam para ascender hierarquicamente são, também, diferenciados a partir do gênero.

*coletiva* [online]. vol.14, n.2, 2009. p. 582.

<sup>30</sup> BIONDI, Karina. Tecendo As Tramas do Significado: As Facções Prisionais enquanto Organizações Fundantes de Padrões Sociais. In: GROSSI, Miriam Pillar; HEILBORN, Maria Luíza; MACHADO, Lia Zanota. (orgs). *Antropologia e Direitos Humanos* 4. Florianópolis: Nova Letra, 2006, p. 342.

<sup>31</sup> HELPES, Sintia Soares. *Vidas em Jogo*: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014. p. 67.

<sup>32</sup> Idem.

#### 4. Considerações finais

O artigo buscou compreender alguns significados construídos a partir das relações sociais entre mulheres e atividade comercial de drogas ilícitas, especialmente por meio do significado de “mulher do home”. No que diz respeito aos dados indiretos quantitativos, é possível notar que as mulheres não são a predominância no crime, em termos de números totais da população prisional. Porém, o crescimento da população feminina tem maiores progressões do que a masculina. A variável desse aumento consiste no fator da Lei de Drogas, vez que é o crime ao qual as mulheres estão mais vinculadas. Esse vínculo se dá, a princípio, por relações pessoais com os homens. Porém, a partir de algumas evidências empíricas, é possível observar a ascensão de mulheres no tráfico de drogas, conquistando hierarquias pouco difundidas na prática organizacional de crimes, predominantemente controlada por homens, tal como o Primeiro Comando.

Embora seja possível arguir que mulheres assumem posições mais altas nessa atividade, mesmo esse fenômeno é questionável, vez que elas permanecem em condições pelas quais elas possam cuidar dos filhos e do ambiente doméstico e para que suas *caminhadas* sejam consideradas *retas*, passam por controles (principalmente morais) mais rígidos que os homens. Assim, tem-se que essa relação não representa apenas uma postura como protagonista na atividade. Ela advém de marcadores nas divisões de papéis desempenhados por homens e outros por mulheres. Embora haja mulheres que assumem o protagonismo em condições semelhantes às dos homens, apesar de haver marcadores de poder, como descrito no estudo realizado no Rio de Janeiro, às mulheres são atribuídas, sobretudo, representações de “mulher do home”, particularmente em São Paulo, através de vínculos com o PCC.

A partir disto, a questão que parece principal é: qual o possível significado desse fenômeno, no que diz respeito às mulheres tomarem, em certa medida, protagonismo na cena do tráfico de drogas, em termos de gênero? Invertendo-se a lógica da pergunta: por que em outros casos as mulheres não têm espaços enquanto protagonistas na atividade? E por quais processos passam essas mulheres para que possam ascender nas estruturas de poder do crime organizado?

Não nos parece possível analisar as possibilidades de agência dessas mulheres sem considerar as estruturas em que estão inseridas.

Se por um lado é positivo que mães chefes de família desenvolvam atividades para seu sustento e de seus filhos e filhas, por outro é preocupante a vulnerabilidade gerada por essas atividades, evidenciada no ritmo alarmante e desproporcional – desde um ponto de vista de gênero – com que têm sido encarceradas. Estarem inseridas no tráfico de drogas ilícitas, portanto, não garante igualdade nem autonomia plena a essas mulheres. Talvez esse fenômeno represente, mais do que novos espaços conquistados por mulheres, novas configurações de poder que as conformam em um lugar subalterno.

Mesmo considerando, conforme foi apresentada narrativas das interlocutoras de Natália Padovani<sup>33</sup>, “bandida de verdade” tem bom proceder e é reconhecida pelos *irmãos* do Comando, somente quem é “mulher dos home” escapa de ser “lagartixa” deles. Mesmo com todos os benefícios em ser uma “mulher fiel”, como descreve Jaqueline Ferraz de Lima, essas mulheres ainda devem fidelidade – e uma fidelidade diferente, para não dizer mais rigorosa, que a dos homens.<sup>34</sup>

Outrossim, é possível identificar possibilidades de ascensão de mulheres dentro da hierarquia do tráfico de drogas ilícitas e processos de transformação importantes para sua autonomia. Mas não se pode ignorar que, nesse emaranhado de relações de poder, nesse movimento de reconfiguração dos papéis – generificados – do crime, as assimetrias entre homens e mulheres continuam se (re)produzindo.

#### Referências

BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

BARCINSKI, Mariana. Protagonismo e vitimização na trajetória de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas no Rio de Janeiro. *Ciência saúde coletiva* [online]. vol.14, n.2, pp.577-586, 2009.

<sup>33</sup> PADOVANI, Natália Corraza. **Sobre Casos e Casamentos**: afetos e “amores” através das penitenciárias femininas em São Paulo e Barcelona. Tese (Doutorado em Antropologia Social). Programa de Pós Graduação em Sociologia. Unicamp, 2015.

<sup>34</sup> FERRAZ DE LIMA, J. S. **Mulher Fiel**: as famílias das mulheres dos presos relacionados ao primeiro comando da capital. 2013. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2013.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Entre a prisão e o mundo: entrada da sociedade civil no cárcere e reintegração social. *Revista Espaço Acadêmico*, n. 154, mar., 2014.

BRASIL, Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional: dados gerais mulheres presas. Infopen Estatística. Brasília: 2011. Disponível em: <<http://www.depen.pr.gov.br>>.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Assuntos Legislativos. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Brasília: Ministério da Justiça; Ipea, 2015. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2015/03/51-Dar-a-luzna-sombra.pdf>>.

BIONDI, Karina. BIONDI, Karina. Karina. Junto e Misturado: Uma Etnografia do PCC. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2010.

\_\_\_\_\_. Tecendo As Tramas do Significado: As Facções Prisionais enquanto Organizações Fundantes de Padrões Sociais. In: GROSSI, Miriam Pillar; HEILBORN, Maria Luiza; MACHADO, Lia Zanota. (orgs). *Antropologia e Direitos Humanos 4*. Florianópolis: Nova Letra, 2006 Fundantes de Padrões Sociais. In: GROSSI, Miriam Pillar; HEILBORN, Maria Luiza; MACHADO, Lia Zanota. (orgs). *Antropologia e Direitos Humanos 4*. Florianópolis: Nova Letra, 2006.

CONECTAS, Direitos Humanos. Penitenciárias são feitas por homens e para homens. Disponível em: <[www.carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/relatorio-mulherese-presas\\_versaofinal1.pdf](http://www.carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/relatorio-mulherese-presas_versaofinal1.pdf)>.

FELTRAN, Gabriel de Santis. Crime e Castigo na Cidade: os repertórios da justiça e a questão do homicídio nas periferias de São Paulo. *Caderno CRH*, Salvador, v. 23, n. 58, p. 59-73, Jan./Abr. 2010.

FERRAZ DE LIMA, J. S. Mulher fiel: as famílias das mulheres dos presos relacionados ao Primeiro Comando da Capital. 2013. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2013.

HELPE, Sintia Soares. Vidas em Jogo: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014.

LAURETIS, Teresa de. A tecnologia do gênero. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de. *Tendências e impasses: o feminismo como crítica da cultura*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994. p. 206-242.

MISSE, Michel. *Crime e Violência no Brasil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PADOVANI, Natália Corraza. Sobre casos e casamentos: afetos e “amores” através das penitenciárias femininas em São Paulo e Barcelona. tese (dou-

torado em antropologia social). programa de pós graduação em sociologia - ifch. unicamp, 2015.

\_\_\_\_\_. Detalhe ou dispositivo de gestão da vida? breves reflexões sobre gênero e processos de estado. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 24, n. 282, p.16-17, mai. 2016.

PASTORAL CARCERÁRIA. Agenda Nacional pelo Desencarceramento, 2014. Dados disponíveis em <[carceraria.org.br](http://carceraria.org.br)>. Acesso em: janeiro de 2015.

PISCITELLI, Adriana. Interseccionalidades, categorias de articulação e experiências de migrantes brasileiras. *Sociedade e Cultura*, v.11, n.2, jul/dez. 2008. p. 263-274.

SCOTT, Joan W. A Useful Category of Historical Analysis. *The American Historical Review*, Vol. 91, No. 5. (dec., 1986), pp. 1053-1075.

# O discurso de combate às drogas e o imaginário da magistratura:

Um estudo sobre o fundamento do encarceramento juvenil em Recife, PE

14

*Érica Babini Lapa do Amaral Machado<sup>1</sup>*  
*Jéssica Maria Nogueira Bezerra de Carvalho<sup>2</sup>*

## 1. Introdução

Em estudo recente, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, órgão de cúpula do Poder Judiciário no Brasil, por meio do programa Justiça ao Jovem, diagnosticou que a segunda maior causa da privação de liberdade dos adolescentes é em razão da prática de fato análogo à tráfico de entorpecentes; correspondendo a 24% do montante de 14.613 processos analisados entre julho de 2010 a outubro de 2011, nos 26 estados da federação e no Distrito Federal (CNJ, 2012). A informação é confirmada no último Anuário de Segurança Pública (FBSP, 2015).

Esses dados, porém não são tão impactantes quanto parecem, pois adequam-se ao discurso de guerra às drogas, objeto de política pública, instituído pelo Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas. Aliás, dentre os eixos cuidado, prevenção e autoridade, as diretrizes são pautadas por esse último, levando à ampla margem de encarceramento.

Tais questões serão problematizadas neste trabalho, cujo objetivo é compreender a representação que têm os membros do Poder Judiciário, em Recife, Pernambuco, sobre a questão das drogas. Isto é, pretende-se mapear o que os magistrados têm em seus

<sup>1</sup> Doutora pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professora da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Pesquisadora do Grupo Asa Branca de Criminologia.

<sup>2</sup> Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP.

imaginários sobre a política criminal de drogas e o que entendem sobre a importância (ou não) do engajamento de seus papéis no combate e prevenção do uso e tráfico de entorpecentes. Da posse destes elementos, o segundo objetivo é identificar a influência destes (denominados de códigos ideológicos) na imputação das medidas socioeducativas de internação.

De antemão, o cenário de alta taxa de encarceramento por esse fato (tráfico) é, no mínimo, questionável, na medida em que o Superior Tribunal Justiça recorrentemente se pronuncia para reformar sentenças de aplicação de internação decorrente de atos infracionais de tráfico de entorpecente, posto que violam o princípio da legalidade<sup>3</sup>.

A situação é tão gritante que no ano de 2012, o STJ – na função de unificar a jurisprudência nacional – sumulou<sup>4</sup> a matéria que parece ser óbvia frente aos princípios constitucionais penais, mas, infelizmente, não é tão clara nas sentenças que impõem a autoria e a materialidade ao ato infracional equiparado ao tráfico de drogas, como se verificará.

Para a consecução dos objetivos, foi realizada análise relacional de conteúdo (BARDIN, 1977) de vinte e oito sentenças<sup>5</sup> de aplicação de medida socioeducativa de internação nas Varas da Infância e Juventude de PE, proferidas no ano de 2011 e 2012 e etnografia nas 3º e 4º Varas da Infância na cidade do Recife, no período de janeiro a março de 2015, que totalizou o número de cinquenta<sup>6</sup>.

Caminhe-se ao texto.

<sup>3</sup> O art. 122 do ECA apenas autoriza encarceramento quando houver violência ou grave ameaça à pessoa ou reiteração de atos, são hipóteses taxativas “Esta Corte já pacificou a orientação de que a gravidade do ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes, por si só, não autoriza a aplicação da medida sócio-educativa de internação”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus** 148791. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJe: 16.03.2010

<sup>4</sup> *O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente.*

<sup>5</sup> As sentenças serão referenciadas com números que funcionam como uma legenda aos casos analisados. O número de 28, não derivou de uma cálculo amostral, mas são as sentenças das adolescentes que estavam internadas na unidade feminina de Pernambuco, quando a primeira autora iniciou a pesquisa etnográfica de seu campo de doutoramento.

<sup>6</sup> As audiências serão referidas como AA – Audiência de apresentação e AC – Audiência de continuação que são momentos processuais específicos do procedimento de apuração de ato infracional estatido no ECA

## 2. O ECA, a política criminal de drogas e o grande encarceramento

O trajeto percorrido pela legislação brasileira de drogas, principalmente após a vigência da Lei 11.343/06, tem sua base de sustentação na tese da Ideologia da Defesa Social (IDS) e na Ideologia de Segurança Nacional (ISN); as quais defendem a permissão ininterrupta de (auto)legitimação do sistema repressivo de justiça criminal. O exemplo mais peculiar disto é a linha tênue de diferenciação entre o traficante e o usuário, recaindo sobre a polícia o poder de distingui-los.

O caráter de alerta, instado pela disseminação da ideia de guerra contra às drogas, revelou o belicismo com que as relações incriminadas vinham sendo tratadas. De tal forma que se firmou uma Doutrina de Segurança Nacional, a qual estabeleceu os inimigos internos que foram deslocados da categoria dos comunistas para os traficantes de drogas.

A Doutrina de Segurança Nacional se revela da seguinte forma:

O ponto de partida da Doutrina de Segurança Nacional foi a revisão do conceito de “defesa nacional”. Concebido tradicionalmente como proteção de fronteiras contra eventuais ataques externos, este conceito, ao final dos anos 50, mudou para uma nova doutrina: a luta contra o inimigo principal, “as forças internas de agitação” (COIMBRA, 2013).

Assim, toda e qualquer conduta que ameaçasse a “segurança nacional” justificava o sacrifício do bem-estar social, limitando a liberdade, as garantias constitucionais e os direitos da pessoa humana. O inimigo agora não estava mais nas fronteiras, ele era membro do próprio Estado, interno aos quadros das nações.

Isto é, a política criminal de drogas ajustou-se à lamentável metáfora da guerra, sendo potencializada, no Brasil, além da DSN pela ideologia da Defesa Nacional e pelo movimento de Lei e ordem, as quais são reproduzidas pelas mídias como forma de manipulação social, reforçando ainda mais tal criminalização – “o sistema penal atua sempre seletivamente e seleciona de acordo com os estereótipos fabricados pelos meios de comunicação de massa”. (ZAFFARONI, 2010).

Dessa forma, observa-se uma falácia por parte do direito penal, uma vez que não cumpre com sua função de proteger os bens jurídicos. Não é a proteção à saúde pública e à ordem social – bens jurídicos simbólicos, dada a vagueza que carregam – mas a manutenção de

um *status quo*; o que serve de instrumento para as classes dominantes fazerem um controle social de forma bastante eficaz.

Nesse sentido, inicialmente o Estado define em leis as condutas consideradas criminosas para imediatamente depois selecionar as pessoas que irão responder por esse fato. Assim, os mais vulneráveis ficam à mercê da sorte, a exemplo da juventude, a qual vem sendo selecionada maciçamente pelo sistema punitivo. E como se verá, se não inserida no sistema de justiça criminal, é vitimada mortalmente pela omissão estatal, nas guerras de tráfico pelo Brasil afora.

O fato é que, no século XX, consumo e tráfico alcançaram a maior extensão mercantil, por um lado, e o maior proibicionismo oficial por outro, de modo que condutas relacionadas a substâncias psicoativas ilícitas passaram a ser entre os mais polêmicos objetos de tutela do direito penal, levando ao encarceramento em massa promovido pelas agências de controle oficial por tráfico de entorpecentes.

Essa foi a lógica demonológica das drogas e a Guerra declarada contra seus elementos, que se tornou um modelo de direito penal, marcando um retrocesso, de certo modo, a medidas de um Estado de Exceção, cuja principais características são as intervenções autoritárias.

Nesse sentido, para os traficantes, não incidem os direitos dos cidadãos, pois eles são uma categoria à parte, mais do que inimigos, são o símbolo de reprovação aguçada, coisificados ao nível de sua atividade ilícita (ZAFFARONI, 2007).

De acordo com Nilo Batista, as mistificações ideológicas retratam uma elaboração conceitual teórica que ganha relevo midiático, pelo dogma da ilicitude ontológica da droga. Contudo, faz-se necessário ir além dos estereótipos esboçados grosseiramente, desmistificá-los, para se perceber, em muitos casos, a vulnerabilidade dos personagens, como: as mulatas e os traficantes famélicos, que, magicamente se mostram temíveis inimigos (BATISTA, 1997).

Ante esse contexto, Zaffaroni (2003) é incisivo ao apontar que o poder punitivo sempre classificou e reconheceu um estranho, um indesejável, sobre o qual se aplicou um tratamento discriminatório, neutralizante e eliminatório, negando-lhe a sua condição de pessoa e considerando-o em função da sua condição de coisa ou ente perigoso. Ou seja, o direito penal sempre justificou e legitimou, com maior ou menor amplitude e prudência (ou imprudência), o tratamento de algumas pessoas como inimigas.

Associado a esse quadro há ainda a latência da crença na defesa social, de modo que o maniqueísmo da divisão social funciona em termos de estereótipos e a crença na possibilidade de o direito penal promover a paz social, o que leva a uma contradição: por um lado a atribuição de natureza penal às medidas socioeducativas, por outro a violação de direitos e garantias fundamentais dos adolescentes, por crer serem inimigos sociais, destituídos de cidadania do Estado Democrático de Direito, mas mascarado retoricamente pelo discurso pedagógico das medidas.

Cumprir pontuar que a história da infância é atrelada a de seu controle (MENDÉZ, 1998), por isso não se pode deixar de pensar em sistema infracional como um sistema penal punitivo na realidade brasileira (ZAFFARONI, 2003), mesmo diante da ampla recepção de um sistema de garantias de direitos humanos da Convenção dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes.

Quando coloca-se lado a lado a questão da política criminal de drogas e do aprisionamento juvenil, vem à tona que a aprovação da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) deu-se em um período de redemocratização, após a ditadura, que traria consigo as expectativas de superação dos arbítrios vividos à época.

Entretanto, os avanços democráticos de eleições livres não foram suficientes para conter o sentimento de medo e insegurança ante o crescimento da criminalidade<sup>7</sup>, pois diante de estatísticas criminais oficiais que demonstravam o crescimento das modalidades de violência individual urbana - homicídio, roubo à mão armada, sequestros e estupro - só cabia à população a exigência de políticas de segurança pública (MACHADO, 2014).

Nesse período, são exemplos de episódios violentos, inclusive com proporções internacionais, o massacre do Carandiru, da Candelária, de Vigário Geral, de Corumbiara e El Dourado dos Carajás, além dos extermínios diários que tinham em comum a presença de agentes do Estado, supostamente encarregados de fazer cumprir a recém Constituição Federal e seus direitos fundamentais, emblematicamente postos no núcleo intangível do art. 5º (dentre outros) (BELLI, 2004).

<sup>7</sup> As estatísticas criminais são matérias controversas. No entanto, diversas análises apontavam para uma tendência mundial de crescimento de crimes relativos à integridade física dos indivíduos, de modo ser esta uma afirmativa relativamente consensual na sociologia criminal. (ADORNO, 1999, p. 136)

Ao lado da violência institucional, o crescimento da criminalidade é marcado pela migração rural-urbana, a retenção de bolsões de conflituosidade social por arbítrios, de modo que a segurança pública passou a ser uma demanda da opinião pública, imersa em sentimentos de insegurança, apoiado pelos meios de comunicação de massa (AZEVEDO, 2005).

Nesse contexto, a população assustada e imersa no medo, considerando que a “fala do crime é contagiante”, reagia com a demanda de mais segurança pública e no sentido da autoproteção, materializada na simbologia do muro, uma estratégia simbólica que materialmente tem efeitos semelhantes: “elas estabelecem diferenças, impõem diversas distâncias, constroem separações, multiplicam regras de evitação e exclusão e restringem os movimentos” (CALDEIRA, 2000, p. 09).

A opinião pública passou a polarizar, portanto, direitos humanos x segurança pública, reclamando um incremento punitivo geral respondendo ao apelo midiático e social por punição em uma sociedade ávida por soluções emergenciais para a criminalidade e tomada pela cultura do medo (além da herança da cultura política do autoritarismo social da sociedade) (CALDEIRA, 2000).

Como bem explana Schuch (2005, p. 28), “a despeito da celebração da nova lei e sua “modernidade”, inovação e vanguarda no que diz respeito aos mecanismos legais de proteção de direitos da infância e juventude, percebe-se que, após 1990, há um aumento significativo dos jovens privados de liberdade no RS, sem informações consensuais a respeito de um equivalente acréscimo nos atos infracionais cometidos por adolescentes”.

Neste cenário paradoxal em que se vislumbra de um lado a implementação de uma legislação considerada avançada na defesa dos direitos humanos das crianças e dos adolescentes, tendo sido promulgada num contexto de democratização da sociedade brasileira, e do outro, um agravamento do encarceramento juvenil, bem como da ideia de periculosidade dos adolescentes, suscitou-se as primeiras discussões acerca da forma de implementação da legislação juvenil e a sua implicância no processo de segregação simbólica dos adolescentes (SCHUCH, 2005).

Tendo em vista os indicadores fornecidos por algumas pesquisas, como o relatório do Conselho Nacional de Justiça de 2015, realizado em Brasília - Dos espaços os Direitos: a realidade das medidas socioeducativas para adolescentes do sexo feminino nas cinco regiões (MELLO *et al*, 2014), é possível concluir que o processo de penali-

zação da população jovem brasileira dirige-se prioritariamente aos jovens com pouca escolaridade, baixo nível de renda e sem ocupação.

Os dados já apresentados indicam que a imputação das medidas de internação é uma regra constante no cenário brasileiro, o que leva a questionar em que medida as sentenças de aplicação de medidas de internação de fato observam os critérios legais.

Ocorre que, para além do encarceramento, a administração da Justiça Criminal permanece até os dias atuais incapaz de lidar com a questão da violência e as estatísticas de homicídio quanto à faixa etária (WAISELFISZ, 2014). Até 12 (doze) anos de idade, o número de vítimas é relativamente baixo. Nessa idade foram 85 as vítimas em 2013. A média de homicídios, nessa faixa de 0 (zero) a 12 (doze) anos, foi de 36,5 por idade simples. A partir dos 13 (treze) anos, o número de vítimas de homicídio vai crescendo rapidamente, até atingir o pico de 2.473 na idade de 20 (vinte) anos. A partir desse ponto, o número de homicídios vai caindo lenta e gradativamente. Verifica-se, portanto, que as maiores taxas de homicídio concentram-se na juventude.

De uma forma geral, durante o período de 1980 a 2012, o número de homicídios no país aumentou de 13.910 para 56.337, e a taxa de homicídios aumentou de 11,7 para 29,0. Isso significa um aumento de 143% na taxa de homicídios nesse período. No entanto, o maior aumento aconteceu entre 1980 e 1997, quando a taxa de homicídios se estabilizou em um alto patamar de mais de 25 (vinte e cinco) homicídios por 100 (cem) mil pessoas e se manteve alta desde então (WAISELFISZ, 2014). Acontece que esse íngreme crescimento de vítimas de homicídio, se avolumam significativamente até os 20/21 anos de idade, ainda mais marcado entre os negros, cujas taxas passam, naquele intervalo, de 2,0 para 89,6, aumentando 46 (quarenta e seis) vezes, enquanto brancos passam de 1,3 para 37,3, aumentando 29 (vinte e nove) vezes.

O recém publicado relatório sobre violência letal reafirma esse quadro: “As taxas cresceram 426,9% entre 1980 e 2013, vitimando 207.438 crianças e adolescentes na faixa de <1 a 19 anos, durante os trinta e quatro anos do período. Só em 2013, foram 10.520 crianças e adolescentes assassinados: quase 29 vítimas por dia. Esse volume representa 3,6 chacinas da Candelária” (WAISELFISZ, 2015, p. 60)

Enfim, o que se pode extrair desse cenário de extermínios e violências é uma convivência muito tranquila da sociedade brasileira com práticas punitivas extra-legais, e mais, a própria convivência a ponto de ser possível afirmar que “há uma linha de continuidade



entre essas práticas e a licença para matar das políticas de segurança pública da atualidade” (VARGAS, 2011, p. 27)

As primeiras décadas do ECA (1990), portanto, foram as do grande encarceramento, do populismo punitivo, do fortalecimento da cultura do medo, do aumento dos crimes letais intencionais, da reprodução de discursos sobre o crime baseados em conceitos de perigosismo social e do recrudescimento da guerra aos traficantes de drogas, representados como verdadeiros inimigos internos, que consagra a violência institucional como arma necessária no combate ao mal (VALENÇA *et al*, 2014, p. 11).

Os dados elencados, portanto, apontam que a questão a ser encarada do ponto de vista da política pública é a mortalidade de jovens, sobretudo, dos jovens negros, e não a autoria de crimes graves por jovens.

O relatório da Anistia Internacional de 2015, traz como conclusões, no âmbito da cidade do Rio de Janeiro, no que tange ao uso da força excessiva e arbitrária da polícia militar, as violações dos direitos humanos, com um número elevado de vítimas, que consistem, em sua maioria, de homens jovens e negros.

Além disso constatou que a lógica da “guerra às drogas” privilegia o uso desnecessário e excessivo da força e justifica, por meio dos registros de “homicídio decorrente de intervenção policial / auto de resistência”, diversas violações de direitos humanos, como execuções extrajudiciais, ameaças a moradores de favelas e defensores de direitos humanos, invasões ilegais de domicílio, furtos e agressões físicas.

Salo de Carvalho (2010) aponta para a conclusão de que a formação do imaginário social sobre crime, criminalidade e punição se estabelece a partir de imagens publicitárias, sendo os problemas derivados da questão criminal, não raras vezes, superdimensionados. São os atores das agências de punição que tornam concreta a atuação do impulso punitivista, segundo o autor.

Sigamos.

### 3. O estereótipo e a política de combate às drogas – o imaginário judicial sobre um demônio perdido

Pelo que até aqui fora exposto, nota-se que a política criminal de drogas é marcada por forte atuação dos movimentos de lei e

ordem e um retrocesso, de certo modo, a medidas de um Estado de Exceção, cuja principal característica são as intervenções autoritárias (CARVALHO, 2012).

Em quase todas as 50 audiências assistidas, observa-se que o(a) juiz/juíza e o(a) representante do Ministério Público atuam como protagonistas de um drama, que no caso deveria ser a audiência, em que o adolescente é o vilão, o juiz é o herói e o promotor é o detetive. A grande diferença é que neste cenário não há a sensibilidade peculiar de personagens em ação. Na verdade, falta, por vezes, aos julgadores a atitude de se colocar no lugar daquele que passa pela intrigante e complexa etapa da adolescência, em que muitas dúvidas permeiam entre o certo e o errado. O que existe por trás das cortinas é a indiferença com o adolescente, é a estigmatização e o falso moralismo de um pretense pai, que afirma punir para o bem.

É possível, ainda, perceber que o princípio da presunção de inocência é desvirtuado para presunção de culpabilidade do infrator, justificada por um discurso estigmatizante e paternalista-moralista. A seguir, algumas considerações acerca do papel dos atores processuais e daquele que deveria ser o foco principal, o adolescente.

Diante de lacunas legislativas presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente, autorizadas do avanço da discricionariedade, do arbítrio na aplicação das medidas socioeducativas (SARAIIVA, 2009) e da pressão populista de uma sociedade punitivista que demanda segurança pública, percebeu-se a existência de códigos ideológicos que influenciam os atores processuais no momento das audiências, consistentes em estereótipos, preconceitos e subjetivismos dos atores processuais em relação ao infrator.

Nas audiências em análise, entre uma pergunta e outra, o(a) magistrado(a) costuma demonstrar toda sua superioridade e indiferença ante o adolescente, tecendo comentários irônicos e maldosos a respeito do representado. Os demais presentes na sala, muitas vezes auxiliam seu comportamento reprovável, rindo do adolescente, após os comentários mencionados. Dos exemplos, extrai-se:

A adolescente foi ouvida e afirmou que foi agredida pelo condutor quando se desentendeu com a colega. Juíza riu e disse que ia acreditar, ironicamente. (1ª audiência – AA).

As adolescentes foram ouvidas separadamente. Magistrada demonstrou grande poder de interpretação ao narrar os fatos

ao escrivão. A mesma pediu para ligarem para o CASE para confirmar suposta fuga afirmada por uma das adolescentes. Juíza usou o tempo todo de tom irônico com adolescentes ao se referir ao ato, como se tivesse presenciado o fato. (2ª audiência – AA).

Depois que o representado contou sua versão, todos riram da história, fazendo comentários na frente de um outro representado (20ª audiência – AC)

O caráter preconceituoso, aliás, está presente na fala de todos os sujeitos do processo, como se observa nos trechos a seguir:

O representante do Ministério Público perguntou à testemunha de acusação o que este entendia por atitude suspeita e este respondeu que se baseia na caracterização do adolescente: seja pela roupa, pela tatuagem, pelo local onde o adolescente mora ou se o local é conhecido por ser perigoso (5ª audiência – AC)

O policial, quando questionado sobre o que seria atitude suspeita, respondeu que era porque o local era de tráfico e a maneira como o adolescente estava vestido era suspeita. “bem típico de traficante” (6ª audiência – AC).

“Sei que tem muito policial que fica penalizado com eles (adolescentes). Eu sei, vejo muito aqui”, “O Ibura é parada! Perigoso demais!”, disse a juíza. Policial: “É, lá é muito pobre (Ibura)! A situação lá é complicada” (6ª audiência – AC).

Considerando que o ato infracional é uma realidade construída a partir da reação dos interesses prevalentes na sociedade a qual está fundada em estereótipos<sup>8</sup> (pobreza, vulnerabilidade, influências negativas, dependência de drogas, falta de respaldo familiar) (SANTOS, 2000, p. 173), tem-se que o perfil de adolescente selecionado pelo sistema de justiça faz nascer um preconceito de que crime e pobreza estão associados. Neste sentido, o pobre basta surgir no cenário que se torna o suspeito número um, como se fosse o criminoso nato (ZALUAR, 1994).

<sup>8</sup> Estereótipo é a representação ou ideia de um objeto, não necessariamente condizente com a realidade do mesmo, que é compartilhada pelos membros da coletividade de forma consensual e estável (GOFFMAN, 1988).

O que se depreende, portanto, da observação das audiências é que esses estigmas, mascarados ou escancarados na fala dos sujeitos processuais, levam à presunção da culpabilidade do adolescente. Há uma presunção de que os níveis sociais, bem como as influências do meio estão completamente interligadas, quase que como uma condição para a questão da criminalidade. São trechos de audiências que exemplificam essa conclusão:

O escrivão perguntou à juíza se o adolescente devia ser internado e a mesma disse: “claro, porque foi assalto a mão armada, que pergunta!” (4ª audiência – AA)

Juíza: “É, então melhor deixar ele e liberar o outro pela primariedade” (8ª audiência – AA)

Policial afirmou que com base na localidade e na quantidade da droga, nem perguntaram nada ao representado, conduzindo-o diretamente a DPCA (40ª audiência – AC)

Representante do MP disse: “tenho certeza que os dois estavam juntos nessa e ainda afirmo que o namorado dela deve estar preso por tráfico. Muita coincidência!” (41ª audiência – AC)

Esses conteúdos indicam qual a representação que têm os magistrados sobre a questão da juventude e das drogas. Considere que representação é “algo que alguém nos conta sobre algum aspecto da vida social” (BECKER, 2009, p. 18) seja comum, elaborada nos atos mais simples da vida cotidiana, seja mais elaborada, preparada com preocupação de cientificidade. São informações que orientam as práticas e relações humanas, construídas através de comunicações sociais e apreendidas socialmente (MOSCOVICI. *Apud.* ANCHIETA, 2005), além de variar em função dos extratos econômicos e culturais em que se inserem os indivíduos ou grupos (PORTO, 2006).

As representações sociais funcionam como princípios orientadores e indutores de condutas seja de indivíduos, grupos ou instituições, de modo que compreender como a magistratura representa as medidas socioeducativas de internação importa desvendar o que se pensa sobre o instituto, captando seus significados, expondo seus sentidos.

Na tradição de Moscovici (2007), as representações sociais constituem um sistema de valores, noções e práticas relativas a objetos sociais

que permitem a estabilização do quadro da vida dos indivíduos e dos grupos, constituindo um instrumento de orientação da percepção e de elaboração das respostas, contribuindo para a comunicação dos membros de um grupo ou de uma comunidade.

Isto é, as representações sociais são teorias implícitas sobre objetos sociais e têm a função de organizar o significante do real, pois emerge do contexto social, elaboradas a partir de um quadro de apreensão de valores, ideologias e sistemas de categorização social partilhados pelos grupos sociais e que se constituem e circulam pela comunicação, refletindo as relações sociais, ao mesmo tempo em que contribuem para sua produção (VALA, 1986).

Deste modo, o estudo da representação social da magistratura sobre medida socioeducativa de internação não se dirige ao juiz, mas aos conteúdos que eles simbolizam. O magistrado, ausente enquanto tal, está presente como expressão de padrões de organização social, de modelo de comportamento interpessoal e de um certo tipo de saber. O quadro organizacional de que se fala, medida socioeducativa de internação, está associado a modelos de comportamentos interpessoal que nele se inspiram e se reproduzem. Enfim, a representação social do magistrado veicula um modelo do homem e da sociedade.

Percebe-se que a representação que têm os magistrados é que essa é uma juventude perdida, irrecuperável e demoníaca. Esses valores são evidenciados nos fundamentos da sentença da aplicação da medida socioeducativa de internação, como nestes dois casos: “embora a adolescente não responda a outros atos infracionais, estreou conduta ilícita extremamente grave e danosa para a sociedade, demonstrando extrema audácia” (SENTENÇA 22) e aponta que a adolescente é periculosa por reiterar no ato de tráfico, não obstante se tratar de apenas 15 papétes de maconha. Além disso, presume que, devido ao fato de ter irmão preso, tem acesso ao presídio para onde pode levar droga. Além disso “o local onde a mesma foi abordada é reconhecidamente ponto de muito tráfico de drogas na cidade” (SENTENÇA 22).

Em outra situação a mesma valoração da pessoa da agente se repete

A.S é contumaz na prática infracional da mesma natureza e reincidente no centro de internação provisória. Já foi beneficiada com a Remissão e submetida a medida socioeducativa em meio aberto, não tendo surtido o feito esperado (SENTENÇA 1).

Não se pode perder de vista que a política criminal da guerra às drogas orienta uma demonização da questão das drogas e a expulsão do demônio pela saúde pública, igualando todas as drogas (maconha, crack..) como mais ou menos malélicas. É uma forma de sacrificar a realidade face à proibição, contribuindo para ocultamento do malogro.

O traficante funciona como o bode expiatório que é “imolado”. É uma categoria fantasmática, do jornalismo, da psicologia, não tem face, é desumanizado, porque disponibiliza substâncias psicoativas. O trecho da decisão abaixo exemplifica como opera o imaginário da magistratura ante estes delitos

É sabido que o tráfico vem sendo considerado o flagelo da humanidade, crescendo cada vez mais, destruindo famílias, sem contar com a cooptação de crianças e adolescentes para as trincheiras do tráfico, sempre ao argumento e que, por não constar no rol daqueles atos infracionais passíveis de internação, são postos, imediatamente em liberdade, retornando as crianças e adolescentes seu lugar de destaque no tráfico de entorpecentes [...] a medida é a mais recomendável a ser aplicada, considerando a conduta dos mesmos e para que não voltem a delinquir, tornando-se profissionais do tráfico; afastá-los do perigo iminente de serem resgatados pelo tráfico é que tenho a medida como imprescindível (SENTENÇA 25).

A legislação de enfrentamento do problema das drogas é um claro exemplo do uso do direito penal simbólico, porquanto cria uma realidade fictícia, ao reforçar o medo, para justificar a necessidade de adoção de medidas repressivas, ampliando o mercado do produto “prisão” e “segurança”, ainda “vende” um “remédio falso”, pois atribui à força intimidatória da lei penal o efeito de redução da criminalidade, quando diversas pesquisas empíricas, promovida por um acúmulo criminológico, tem revelado que essa promessa nunca fora cumprida.

A Lei 11.343/ 2006 em si reforça a persecução e a punição violenta ao traficante, e o tratamento em relação ao usuário, pois mantém a estrutura aberta para definir quem é usuário ou traficante, cujas penas são completamente diferentes, esta, uma das mais graves do ordenamento jurídico (5 a 15 anos) e aquela dispensada do mecanismo da prisão.

A perspectiva da crença demonológica correlaciona-se, mesmo com os fundamentos da punição do usuário. A correspondência pode ser visa – usuário / demônio-bruxa, marca demoníaca (*pactum diabolicum*) / estigma do viciado (forma de se vestir, grupos com quem convive, tatuagens...), acusado e vítima são as mesmas pessoas/ modelo inquisitorial (BATISTA, 1999, p. 66).

Portanto não haveria qualquer tratamento diferenciado entre os dependentes de droga lícita e os de drogas ilícitas, afastando especialmente o sistema penal, porque este é incapaz de qualquer intervenção positiva no viciado. A única função que se pode atribuir à sentença criminal neste contexto é tê-la como um rito de exorcismo. Esta demonização está presente em quase todas as sentenças que tratam sobre tráfico que guardam semelhanças

[...] deve-se destacar a extrema gravidade do tráfico ilícito de entorpecentes que muito contribui para o aumento desenfreado da violência vivenciado pela sociedade e tão veemente repelida. Sabe-se que a droga não só danifica a seu usuário, mas atinge famílias e seu mal se espalha de forma incontrolável, vindo a destruir lares, vidas, estando a sociedade cada vez mais contaminada por esta destruição. Assim, qualquer ato que venha contribuir para a proliferação deste mal deve ser repreendido e levado muito a sério, a fim de evitar que mais pessoas venham ser atingidas e destruídas (SENTENÇA 1).

Afinal, é aí que o imaginário social, solapado pelo medo do traficante demoníaco, alimentado pela mídia, funciona – este inimigo é o jovem negro e pobre. Mas, no âmbito da infância e juventude, deve ser socioeducado pelo “pai bondoso”, fantasiado na figura do juiz, que não medirá esforços para corrigi-lo. O que nas palavras de Agostinho Ramalho Neto não é nada mais nada menos do que “quem me salva da bondade dos bons” (1994).

É exatamente o que aborda esta decisão: “o tráfico ilícito é conduta grave, tem como vítima a sociedade, sendo dever do Estado, como medida de proteção, afastar os menores da vivência da marginalidade” (SENTENÇA 13).

Enfim,

A visão seletiva do sistema penal para adolescentes infratores e a diferenciação no tratamento dado aos jovens pobres

e aos jovens ricos, ao lado da aceitação social que existe quanto ao consumo de drogas, permite-nos afirmar que o problema do sistema penal não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da juventude considerada perigosa (BATISTA, 2003, p. 134).

Assim, a guerra contra as drogas é o mote central de uma política criminal tanto para os adultos como para os jovens, cujo resultado inexorável é a morte precoce, seja pela lógica do mercado da droga ilícita, seja pela ausência do Estado nas práticas sociais, seja pela presença deste Estado, no discurso de exorcização do demônio. De todo jeito há mortes.

A produção e a reprodução de classes marginalizadas estão relacionadas às precondições morais, culturais e econômicas. A miséria não é apenas econômica, mas emocional, existencial e política, produzindo sentimentos dividais e coletivos de falta de pertencimento social, de inferioridade e de responsabilidade individual pela própria condição. Logo, a manutenção da marginalização de grupos sociais tem relação com a propagação de condições que permitem a formação a formação de uma hierarquia valoraria invisível, construída a partir da imposição de toda uma concepção de mundo, ou de crenças compartilhadas, pre-reflexivas, sob a máscara da neutralidade (COSTA, 2012, p. 33).

Enfim, o poder seletivo do sistema penal elege alguns candidatos à criminalização, desencadeia o processo de sua criminalização e submete-o à decisão da agência judicial, que pode autorizar o prosseguimento da ação criminalizante já em curso ou decidir pela suspensão da mesma. A escolha, como visto, é feita em função da pessoa (o bom candidato é escolhido a partir de um estereótipo), mas à agência judicial só é permitido intervir racionalmente para limitar essa violência seletiva e física, segundo certo critério objetivo próprio e diverso do que rege a ação seletiva do restante exercício de poder do sistema penal, pois, do contrário, não se justificaria a sua intervenção e nem sequer a sua existência (ZAFFARONI, 2001).

Enfim, a guerra às drogas ao disseminar o simbolismo de proteção à saúde e ao bem-estar da sociedade, salvaguardando a humanidade do “mal das drogas”, acaba por disseminar a criminalização e o estado de violência crescente. Ao passo que gera mais insegurança, pois

não inibe as práticas ditas criminosas, muito pelo contrário, amplia os índices de criminalidade e segregação social. Deixando sempre os considerados inimigos a margem da sociedade.

Assim afirma Baratta ao expor que:

[...] o alarme social e o medo da criminalidade estão relacionados sobretudo ao 'estereótipo criminoso' presente no senso comum, que é fortemente sustentado pelo meios de comunicação de massa (portanto), a criminalidade não é um 'dado natural': Ela é 'socialmente construída' através de processos de comunicação social e mecanismos seletivos das reações sociais e oficiais.

As legislações penais "antidrogas", cada vez mais severas, ao invés de unir a política criminal aos ditames proclamados pela Constituição de 1988 – a qual estabeleceu um laço de respeito aos princípios fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da vida privada, à liberdade, à igualdade, dentre outros – ultrapassou os limites da sua atuação, autorizando, o que se pode chamar, de direito penal do autor, onde a punição vai de acordo com circunstâncias pessoais e subjetivas que, erroneamente, levam ao encarceramento de milhares de indivíduos considerados inimigos.

Ora, se tal política criada para salvaguardar o bem estar social acaba por aumentar o nível de violência e de criminalidade, com seu discurso do medo e da insegurança, facilmente se percebe aí uma inversão de valores que merece e deve ser combatida com um discurso de contrapartida e em defesa de todo e qualquer cidadão, desmascarando, assim, a função não declarada da política repressiva.

Portanto, o caráter demoníaco, de um ser doente e ao mesmo tempo perigoso permeia o imaginário judicial, levando os atores do processo a uma sequência de estereotipações e, inexoravelmente a julgamentos moralistas. Ao longo das audiências percebeu-se como o juiz é considerado uma instância simbólica, atraindo para si o dever heróico de proteger os cidadãos de bem, dos infratores, seja através de um discurso paternalista-moralista, seja através de sanções garantistas de castigos, conforme extrai-se das audiências:

Juíza: "ele agora tem dívida com o traficante", "como tu (se referindo e olhando para o adolescente) vai pagar o que ta devendo?". (7ª audiência – AC)

Juíza: "quem bota menino no mundo tem que se responsabilizar!" (7ª audiência – AC)

Observa-se que todos tem uma lição para "acrescentar" ao representado. O discurso moralista que explica porque o adolescente está ali vai da falta de palmatória à "vadiagem". (21ª audiência – AA)

A simples aplicação da medida protetiva ou da medida socioeducativa ao adolescente não é suficiente, na visão do magistrado, nem dos demais atores processuais, para que haja sua punição. É necessário que esse adolescente escute as lições pessoais e morais impostas por cada sujeito presente em audiência.

Eis, na lição de Pinho (2013, p. 28-29), a equação do problema: "de um lado, um juiz penal que acredita ser o senhor do processo (...), de outro, a falta de uma séria teoria da decisão no Brasil, que se dedique, efetivamente, a pensar na construção de limites para a interpretação judicial, demonstrando que nem tudo é possível e que nem todas as respostas são certas, do ponto de vista da Constituição e da democracia.

Na verdade, o poder de um juiz não pode se confundir com o poder de um pai, devendo aquele tratar a criança/adolescente não como objeto, mas como sujeito de seu próprio desejo, intervindo de forma a lhes possibilitar o reconhecimento de sua responsabilidade e de sua própria vontade, mesmo que haja um choque de interesses com os desejos dos pais e dos atores jurídicos (ROSA, 2004).

Em "o juiz e a democracia: o guardião das promessas", Antoine Garapon (1999) confere à justiça a condição de instância simbólica central e de última instância da moral, convertendo-se a mesma como última disciplinadora de uma sociedade em vias de desintegração, em detrimento de uma sociedade decepcionada com suas instituições tradicionais. Nas palavras do autor:

A autoridade se apresenta como uma resposta comum a duas dificuldades distintas da democracia, a saber, o esgotamento do executivo e o desaparecimento da tradição. Como explicar que a resposta à crise do Estado e a resposta à crise do sujeito passem ambas pela solução judiciária? Não ocuparia a justiça o lugar deixado vago pela religião? Aliás, seria por acaso que as metáforas religiosas florescem

nesse campo? O direito é nossa religião nacional, diz um jurista americano; 'os advogados, nosso clero; os palácios da justiça, nossas catedrais, onde paixões contemporâneas são representadas (GARAPON, 1999, p. 02).

O pensamento de Garapon (1999), quando trazido à realidade brasileira, não é diferente, tampouco estranha, vez que aos olhos de uma sociedade punitivista, amparada por uma demanda midiática também punitiva, o juiz ainda é considerado uma instância simbólica, cujo dever é o de proteger os bons dos maus, atuando como heróis ante a grande criminalidade.

Na contramão desse entendimento, pertinente se faz a crítica de Rosa (2004) quando afirma que o poder de um juiz não pode se confundir com o poder de um pai, devendo aquele tratar a criança/adolescente não como objeto, mas como sujeito de seu próprio desejo, intervindo de forma a possibilitar aos mesmos o reconhecimento de sua responsabilidade e de sua própria vontade, mesmo que haja um choque de interesses com os desejos dos pais e dos atores jurídicos.

Resta claro, na seara da discussão atinente ao discurso da Proteção Integral, que sua pretensão universalizante e pedagógica serve para mascarar o autoritarismo dos operadores da justiça.

Considerando as observações acima, infere-se que o discurso paternalista-moralista aliado aos estereótipos do infrator, devido ao discurso demonológico das drogas, permitem um retrocesso à interpretação do adolescente como um objeto e não como um sujeito de direitos. No lugar de ser ouvido, ele ouve e é estigmatizado através de um discurso de controle por todos os sujeitos do processo. A impressão que se tem é que ainda é latente a presença da Doutrina da Situação Irregular nas lacunas dos dispositivos do Estatuto.

Constatou-se, desse modo, uma postura ilegal e acrítica dos sujeitos do processo de ato infracional, que se utilizam das mais diversas formas de controle para justificar a punibilidade do infrator.

Analisando as diversas audiências e sentenças constatou-se que há um forte caráter ideológico presente na atuação dos juízes, dos promotores, dos policiais, da defensoria, quando atuante, que retratam sua filiação política e ideológica, sendo difícil sua dissociação, embora desejável em certa medida num regime democrático. Em matéria penal, no entanto, esta filiação tem resultado em medidas extremamente repressivas, reveladoras de sua atuação à margem da

lei. O resultado é a violação aos direitos humanos e a colocação em perigo das estruturas do Estado Democrático de Direito.

#### 4. Conclusões

Do exposto, infere-se a clara utilização do aparato persecutório estatal como instrumento de controle social. Se é inatingível a realização da justiça social através de medidas de política criminal, não há como se negar a eficácia desta última no processo de neutralização, posto que o escopo maior é a eliminação da juventude pobre envolvida com o tráfico de drogas, seja encarcerando-a ou deixando-a morrer.

Porém, pautado numa atuação estigmatizante e altamente seletiva, o discurso criminal ganha força hábil a legitimar suas práticas autoritárias. No seio de uma sociedade que institucionalizou o medo, erige-se a segurança ao *status* de valor maior.

O mito do traficante, diante desse contexto, tem que existir para que o fluxo se renove e o mito da droga há que perdurar para que o sistema se sustente, numa relação de absoluta dialeticidade.

Pode-se dizer que no Brasil a guerra às drogas possui uma grande afinidade eletiva tanto com os interesses do Estado, quanto com os das classes que o sustenta. É o desejo de controlar, vigiar por todos os meios, invadir a esfera individual das pessoas que vivem em territórios mais vulneráveis, onde o comércio de droga é mais intenso e onde é mais fácil a inserção policial e uso desmedido da violência.

A política proibicionista adotada se utiliza de uma função declarada, para alcançar sua função não declarada, o que quer dizer que o tráfico é uma consequência da realidade estrutural econômica capitalista e, assim sendo, o próprio Estado e suas legislações favorecem e disseminam a criminalidade e a violência. De acordo com Lucia Maria Karam:

A globalizada política proibicionista, propagadora da "guerra às drogas" é, hoje, o campo mais fértil de germinação de uma crescente ampliação do poder punitivo, a perigosamente ameaçar os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito. Muitos são os mecanismos, por meio dos quais as drogas qualificadas de ilícitas e condutas a elas relacionadas são identificadas como um "mal universal" que estaria a ameaçar a própria existência da humanidade, não sendo raro se ouvir que as drogas qualificadas de ilícitas seriam o "flagelo da humanidade". A identificação de determinados

fenômenos, eleitos ou criados para funcionar como o “mal universal”, alimenta a demanda de maior repressão e a ampliação do poder do Estado de punir. Este “mal universal” já foi outrora identificado à bruxaria e à heresia. Hoje, o mesmo papel – e de forma bastante semelhante –, está reservado à produção e à distribuição das drogas qualificadas de ilícitas (2004, p. 368).

Ou seja, tem-se que a beligerância estatal no combate as drogas carrega em seu fundamento não declarado um conteúdo político e econômico. É nesse panorama que o sistema penal vai perpetuando o próprio crime, permitindo, assim, a falsa ilusão de combate à violência através da violência (PINTO, 2002). O Estado começa a agir de maneira belicista e violenta, a fim de proteger as funções não declaradas do sistema penal, com o intuito de estabelecer as suas funções latentes.

O inimigo no tráfico são pertencentes a uma subcultura, tidos como delinquentes por se encontrarem à margem da sociedade e pertencerem àquela parcela da população privada de qualquer acesso aos meios para uma vida digna. Tais pessoas já carregam o rótulo de marginais e quando confrontadas com uma situação de repressão estatal são alvos fáceis tanto da polícia quanto dos meios judiciais de imputação da responsabilidade penal.

Esse conteúdo é exatamente o representado pela magistratura na cidade do Recife, PE, que tem no seu imaginário o papel de combater esse “demônio”, “protegendo-o”. No mínimo, um paradoxo que se resolve numa equação: juventude, pobreza é equivalente à tráfico, portanto, deve ser encarcerada ou deixar que morra.

## Referências

- ADORNO, Sérgio. Insegurança *versus* direitos humanos. Entre a lei e a ordem. **Tempo Social**; Rev. Sociol. USP, São Paulo, 11 (2): 129-153, out. 1999.
- ANCHIETA, Vânia Cristine Cavalcante; GALINKIN, Ana Lúcia. Policiais Civis: representando a violência. **Psicologia & Sociedade**, n. 17 (1), p. 17-28, Jan/abr, 2005.
- ANISTIA INTERNACIONAL. **Você matou meu filho: homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Criminalidade e justiça penal na América Latina. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 7, n. 13, jan-jun, 2005,

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1977.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**. Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Vera Malaguti. **Díficeis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus** 148791. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJe: 16.03.2010.

BECKER, Howard S. **Falando da sociedade**. Ensaios sobre as diferentes maneiras de representar o social. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BELLI, Benoni. **Tolerância Zero e democracia no Brasil**. São Paulo: Perspectiva, 2004.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus** 148791. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJe: 16.03.2010.

CARVALHO, SALO. Artigo: **A Política de Guerra às Drogas na América Latina entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado de Exceção Permanente**. Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/criticajuridica/article/viewFile/12/5>> Acesso em: 10 de Julho de 2012.

\_\_\_\_\_. **O Papel Dos Atores do Sistema Penal Na Era do Punitivismo**: o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CNJ. **Panorama Nacional**. A Execução das Medidas Socioeducativas de Internação. Justiça ao Jovem. Brasília: 2012.

COIMBRA, Cecília Maria Bouças. **Doutrina de segurança nacional**: banalizando a violência. Disponível em: <http://www.scielp.br/pdf/pe/v5n2/v5n2a02.pdf>. Acesso em: 19 set. 2013.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: Crime, Segregação e Cidadania em São Paulo**. São Paulo: Edusp, 2000.

COSTA, Ana Paula Motta. As garantias processuais e o direito penal juvenil como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA - FBSP. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Ano 9. São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://>

www.forumseguranca.org.br/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publi-  
ca/9o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publi-aca>. Acesso em: 10/11/2015

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA - FBSP. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. Ano 8. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publi-aca/8o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publi-aca>>. Acesso em: 10/11/2015.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4 ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988.

KARAM, Maria Lúcia. Políticas de drogas: alternativas à repressão penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 47. São Paulo, p. 368-369, Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. Revisando a Sociologia das Drogas. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 1, 2002.

MACHADO, Érica Babini L. do A. Medida socioeducativa de internação: do discurso (eufemista) à prática judicial (perversa) e à execução (mortificadora): um estudo do continuum punitivo sobre adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei na cidade do Recife, PE. **Tese (Doutorado em Direito)** – UFPE, 2014.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: o juiz cidadão. In: **Revista ANAMATRA**. São Paulo, n. 21, 1994

MÉNDEZ, E.G. **Legislações infanto-juvenis na América Latina: modelos e tendências**. In: Infância e cidadania na América Latina, Ed.: Hucitee (ed.)/ São Paulo: Instituto Ayrton Senna, 1998.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. **Relatório**. Dos espaçosaos Direitos: a realidade das medidas socioeducativas para adolescentes do sexo feminino nas cinco regiões. Brasília: CNJ, 2014.

MOSCOVICI, Serge. **Representações sociais: investigações em psicologia social**. 5 ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

PINTO, Alessandro Nepomoceno. O sistema penal: suas verdades e mentiras. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

PORTO, Maria Stella Grossi. Crenças, valores e representações sociais da violência, **Sociologias**, n. 16, p. 250-273, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. São Paulo: *Lumen Juris*, 2004.

SCHUCH, Patrice. Práticas de justiça: uma etnografia do “campo de atuação ao adolescente infrator” no Rio Grande do Sul, depois do Estatuto da Criança e do Adolescente. **Tese**. UFRS, Antropologia, Porto Alegre, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino. O adolescente infrator e os direitos humanos. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**. V. 9/10, p. 173, Rio de Janeiro, 2000.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral**. 3ª edição. rev.atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

VALA, Jorge. Sobre as representações sociais – para uma epistemologia do senso comum. **Cadernos de Ciências Sociais**, n. 4, abril, Porto, 1986.

VALENÇA, Manuela Abath; CASTRO, Helena Rocha Coutinho de. A construção da adolescente traficante de drogas: uma análise de sentenças que aplicam medida de internação no Distrito Federal. **XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPB**. 2014, p. 10-30. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b8a8fe8d922482fd>>. Acesso em: 14 março 2016.

VARGAS, Joana Domingues. Adolescentes infratores no Rio de Janeiro: violência e violação de direitos fundamentais. **Revista do Centro de Filosofia e Ciências Humanas**. Rio de Janeiro, Ano 2, número 04, p. 24-41, Dez de 2011.

WASELFISZ, Julio Jacob. Mapa da Violência 2015 – **Adolescentes de 16 a 17 anos no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos, 2015.

\_\_\_\_\_. Mapa da Violência 2014 – **Os jovens do Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. 2.ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

\_\_\_\_\_. **Criminología: aproximación desde un margen**. Bogotá: Editorial Temis, 2003.

\_\_\_\_\_. **Em Busca das Penas Perdidas**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZALUAR, Alba. **Memorial da violência**. São Paulo: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas – UNICAMP, 1994.



# O subsistema penal de drogas no marco de dez anos de sua vigência

15

Marco Alexandre de Souza Serra<sup>1</sup>

## 1. Aproximação

(A) divisão artificial das drogas em lícitas e ilícitas, envolve estas últimas numa capa de mistério e fantasia, que as associa ao desconhecido e ao temido, dando-lhes uma conotação um tanto satânica, bem ao gosto da demonologia dos séculos XVI e XVII, o que contribui, de forma decisiva, para impedir uma discussão mais racional da questão.<sup>2</sup>

Essa epígrafe, além de inspirar essas despreziosas reflexões que oferecemos sob a forma de ensaio, deve também homenagear sua autora, Maria Lúcia Karam, bem como a obra (*De crimes, penas e fantasias*) em que ela ficou consignada. Vanguardismo por certo é atributo que se pode conferir a ambas, autora e obra. Singular também é seu papel desbravador, ao menos na literatura nacional, na ingente e de há muito urgente tarefa de desvelar as inúmeras “capas” que recaem sobre a abordagem bélica e proibicionista acerca daquelas substâncias, que de modo artificial e arbitrário, foram tornadas ilícitas pelo sistema penal.

Referida obra talvez apenas não anteceda, em termos de seu aparecimento em nosso mercado editorial, à igualmente pioneira

<sup>1</sup> Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). É mestre em direito das relações sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e doutorando em direito penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

<sup>2</sup> KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e outras fantasias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 27.

*A face oculta da droga*, que a venezuelana Rosa del Olmo – que aqui também precisa ser homenageada – publicou, originalmente em 1988, e, no Brasil, em 1990.<sup>3</sup> Inspira-nos, evidentemente, além de sua precoce ausência, as constatações de Rosa, como a de que colocar o problema da droga através de uma perspectiva maniqueísta, “só contribuiu para reforçar a confusão reinante e para ignorar suas reais dimensões psicológicas e sociais, assim como políticas e econômicas.” Ainda para Rosa, “os estereótipos servem para organizar e dar sentido ao discurso em termos dos interesses das ideologias dominantes; por isso, no caso das drogas se oculta o político e econômico, dissolvendo-o no psiquiátrico e individual.”<sup>4</sup>

Sob esse farol feminino e criminológico, ao qual se associa ainda *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*, de Vera Malaguti Batista – e na contramão da literatura penal tradicional, como observou Zaffaroni<sup>5</sup> no prólogo à obra de Maria Lúcia Karam –<sup>6</sup>, é que nos propomos arriscar uma avaliação da atual política de drogas brasileira, no marco dos dez anos da vigência da atual legislação. Tal tarefa, além de evidentemente necessária, impõe o reconhecimento prévio de seu fracasso. Isso, pelo menos quando se leva em conta o conjunto de princípios enunciados pela lei nº 11.343 de 2006, dentre os quais se acham contemplados “o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade (art 4º, inciso I), “o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes (art 4º, inciso II), e “a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados” (art 4º, inciso III).

Aliás, a partir de tais propósitos manifestos, referida legislação apontava certa inflexão em relação à política criminal anterior, que Nilo Batista qualificara de bélica, em oposição à vigente até o golpe de 1964, por ele mesmo reconhecida, desde seu privilegiado olhar

<sup>3</sup> OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga** (trad. Teresa Ottoni). Rio de Janeiro: Revan, 1990.

<sup>4</sup> OLMO, **A face oculta da droga**, p. 25.

<sup>5</sup> ZAFFARONI, Eugenio R. Prólogo. In: KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e outras fantasias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 13-16.

<sup>6</sup> MALAGUTI BATISTA, Vera. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

histórico, de sanitária.<sup>7</sup> Talvez por isso não tenha faltado certo entusiasmo: a lei parecia reconhecer que aquilo que ela própria designava de “uso indevido” – admitindo, pelo menos em tese, a existência mesma do uso, talvez permitido – qualificava-se como uma questão médica, ou melhor, de saúde pública, na medida em que acionava o sistema público de saúde para desenvolver programas de atenção ao dependente e até mesmo ao usuário (art 23), ainda que privados de liberdade em função da prática de infração penal (art 26), sempre respeitados seus direitos fundamentais (art 22, inciso I), já invocados desde o princípio, como já se viu, em especial com relação à sua autonomia e liberdade.

Mesmo assim, a hipótese que alimentamos é a de que o tratamento dispensado às pessoas acusadas de tráfico de drogas e pelos demais delitos a ele proximamente associados no Brasil constitui uma exceção, se comparado com o reservado àquelas acusadas ou suspeitas de crimes dentro de uma, por assim dizer, normalidade institucional.

Sem pretensão de submeter, aqui, tal hipótese a qualquer tipo de testagem tão rigorosa quanto necessária, parece pelo menos adequado intentar um esforço nesta direção. Se é certo, *on the one hand*, que apenas uma pesquisa empírica verdadeiramente criminológica estaria habilitada a dar conta de tal demanda, *on the other hand*, já são relativamente numerosos os relatórios de pesquisa que se incumbiram de tarefa semelhante. Até que nos engajemos em tal empresa, será caso de continuar a recorrer a estas pesquisas, inclusive pela qualidade que revelam. Seja como for, é importante assinalar que uma razoável análise do cenário emoldurado por aquela que deve ser qualificada de subpolítica criminal de drogas ilícitas não se atinge apenas por meio de dados acerca do fluxo quantitativo de pessoas encarceradas por exemplo. A forma como essa economia ilícita se desenvolve, oferece, por óbvio, inúmeras vicissitudes para sua captura. A perspectiva, assim, é de que outras estratégias de pesquisa, sobretudo mais qualitativas, se revelem necessárias.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. ano 3. n. 5 e 6, 1998, p. 77-94.

<sup>8</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Tráfico de drogas e Constituição: um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais** (relatório de pesquisa – série Pensando o Direito nº 1). Brasília, 2009, p. 39.

A ideia para este ensaio, em princípio, envolvia um exercício de delimitação em torno da realidade paranaense. Tal recorte se impunha em função das clássicas diferenças regionais que nos assinala como nação, e que em particular se exprime através das heterogêneas taxas de crescimento da população carcerária em cada uma das unidades da federação. Dentro deste âmbito, ainda, visava-se contemplar, além do recorte feminino, a questão óbvia em torno do tráfico de drogas ilícitas e os demais crimes graves, em termos de consequências punitivas, a ele associados – numa palavra, aqueles previstos nos artigos 34 a 37 da lei nº 11.343/2006. A insuficiência de dados disponíveis, contudo, aliada ainda à inconsistência destes, tornou a tarefa, mais do que inglória, praticamente impossível. O penúltimo relatório temático (“mulheres”) veiculado pelo DEPEN<sup>9</sup> –, anterior, portanto, ao publicado no ano de 2015 com dados consolidados para junho de 2014, já no âmbito do projeto INFOPEN –, dava conta de problemas desta natureza. Tal relatório de 2011, ao se debruçar sobre o Paraná, aponta inúmeras inconsistências nos dados apresentados por esta unidade da federação. E o faz, por exemplo, quando observa que a soma do número de mulheres presas segundo seu grau de instrução não confere com o total apresentado. O mesmo ocorre quanto à soma das mulheres por idade e também em relação à natureza dos crimes praticados.

A procura por outras fontes – de que são exemplo a recentemente criada Central de Transparência Carcerária no Estado do Paraná,<sup>10</sup> ou mesmo através do acesso à outras formas de organização dos dados disponibilizados pelo DEPEN sob a forma de relatórios analíticos e específicos para cada um dos estados brasileiros<sup>11</sup> –, não se revelou suficiente para superar tal ordem de obstáculos. Quanto à primeira das fontes, uma limitação que se estabelece é a disponibilidade de

<sup>9</sup> DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Mulheres presas – dados gerais. Projeto mulheres/DEPEN.** Brasília, 2011.

<sup>10</sup> Ver Decreto nº 10.862, de 24 de abril de 2014, instituindo a Central de Transparência Carcerária no Estado do Paraná. No portal da Transparência do Estado do Paraná, há uma aba específica intitulada Transparência Carcerária. Disponível em: <<http://www.portaldatransparencia.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=87>>. Acesso em: 2 jul 2016.

<sup>11</sup> Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisonal/relatorios-estatisticos-analiticos-do-sistema-prisonal-do-estado-do-parana>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

dados apenas a partir do ano de 2014. Além disso, mesmo a adoção de um sistema informático aparentemente avançado e denominado *Business Intelligence* – Sistema Integrado de Gestão da Execução Penal (BI/SIGEP-PR)<sup>12</sup>, revela que a alimentação a cargo das unidades espalhadas pelo Estado não tem permitido reunião mínima e confiável de dados. Exemplifica-o a constatação, para o mês de junho de 2016, de que do total de 1.710 mulheres presas no Estado do Paraná, 1.125 estão no sistema penal (enquanto 585 estão em delegacias de polícia), e destas apenas 65 assim se acham em função do tráfico de drogas, residindo a explicação no fato de que quanto a 1.016 dessas mulheres não há esta informação.

Já evocada a necessidade de se ocupar da verificação empírica, a dificuldade em se ingressar na realidade dos estabelecimentos penais brasileiros, inclusive – não apenas – por meio do acesso aos dados mais elementares envolvendo o fluxo de pessoas que neles circulam, constitui questão das mais relevantes. O sistema penitenciário brasileiro – e, de resto, também aquele reconhecido, com boa dose de eufemismo, como socioeducativo – tem se qualificado negativamente por se revelar fechado em si mesmo. Inacessível não só à sociedade civil, ele também se encontra praticamente imune a um tipo de controle minimamente centralizado e independente. Vigora, como observava o professor Carlos Eduardo Adriano Japiassú<sup>13</sup>, uma espécie de controle “difuso”, onde todos “controlam”, nomeadamente diretores de estabelecimento, e, quando muito, secretarias estaduais responsáveis pela administração penitenciária. Daí já se pode compreender a dificuldade em garantir o mínimo em termos de alimentação centralizada de dados, capaz de subsidiar políticas públicas suficientemente fundadas em bases sólidas e relativamente atualizadas.

A esse respeito, merece menção a veiculação do Informativo Rede Justiça Criminal (nº 8, janeiro de 2016), orientado pela seguinte indagação fundamental: quais são os números da justiça criminal no Brasil?<sup>14</sup> Nele se concluiu, entre outras coisas, que “a política criminal

<sup>12</sup> Disponível em: <[http://www.portaldatransparencia.pr.gov.br/modules/consultas\\_externas/index.php?cod=10](http://www.portaldatransparencia.pr.gov.br/modules/consultas_externas/index.php?cod=10)> Acesso em: 2 jul. 2016.

<sup>13</sup> Essa percepção nos foi passada pessoalmente, em discussão travada no curso de pós-graduação em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, no 1º semestre de 2013.

<sup>14</sup> REDE DE JUSTIÇA CRIMINAL. **Os números da justiça criminal (informativo - 8 ed.)**. 2015. Disponível em: <http://redejusticacriminal.wix>.

em vigor atende mais a percepções e clamores populares, orientados pela exploração midiática de casos pontuais, do que a uma análise criteriosa das evidências empíricas.” Associado a isso, faz-se a observação essencial de que “o desenho e a subsequente análise de qualquer política pública requerem não somente dados confiáveis e sistematizados, mas também que estes possam ser cotejados ao longo do tempo e à luz de diferentes fatores”. Para este mesmo horizonte também aponta o estudo de raro e verdadeiro jornalismo investigativo realizado pela *Ponte Jornalismo* e pela *Artigo 19*, intitulado: “Informação Encarcerada: a blindagem a dados públicos na segurança pública em SP”.<sup>15</sup>

De fato, uma candente questão que se coloca neste campo é a opacidade das informações e dados reunidos pelos distintos e independentes subsistemas locais de execução penal. Sem uma política clara de transparência, os estabelecimentos penais permanecerão fechados em si mesmos, portanto, insuscetíveis de se submeterem a uma diretriz relativamente unificada certamente imprescindível para se tentar debelar o hiperencarceramento em curso. Mesmo iniciativas em princípio elogiáveis – como o são as que se corporificaram no próprio INFOPEN, e, no caso do Paraná, por meio de um sistema próprio de transparência – têm encontrado o obstáculo até então intransponível da falta de alimentação, e, corolário disso, de infidelidade dos dados que procuram consolidar.

## 2. O subsistema legal/penal de drogas ilícitas

Mas o Brasil, já se disse, não é para principiantes. Também por isso, o exercício do dever de desconfiança imposto a todas e todos quantos se arvoram em analisar nossa sociedade já devia ser suficiente para não permitir entusiasmo algum a partir de uma primeira visada na atual legislação antidrogas. Pois a lei mesma já permitia entrever aquilo que talvez deva ser compreendido como seu sucesso retumbante: o de realçar os marcadores sociais que vincam a formação social brasileira, tornando cada vez mais escandalosa a fratura que nos divide, sem bem que não apenas em dois lados. Pois, tão ou mais insistente

com/transparencia Acesso em: 25 fev. 2016.

<sup>15</sup> PONTE. **Informação encarcerada: a blindagem de dados da segurança pública de São Paulo**. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://ponte.org/estudo-revela-falta-de-transparencia-da-seguranca-publica-em-sp/#.Vtb5hYmLh4>. facebook Acesso em: 1 mar. 2016.

na probabilidade de que o uso de drogas possa ser indevido, a lei nº 11.343 recorre todo tempo à necessidade de reprimir o tráfico que, de modo redundante, teima em alcunhar de ilícito – como se houvesse tráfico que não o seja. A partir disso já se pode divisar que a atual legislação prima pela adoção de um novo paradigma, que aqui poderíamos qualificar de binário ou, quem sabe, *bipolar*. Em vez de puramente sanitário ou bélico como foram identificados por Nilo Batista os subsistemas penais de drogas ilícitas anteriores<sup>16</sup>, o atual adota um paradigma que reserva indulgência para o usuário, inclusive dependente, de um lado, e recrudescimento punitivo para o traficante, de outro. Assim como a comiseração pelo usuário, exagerado ou não, está a indicar a necessidade de uma *terapia*, a ser levada a cabo principalmente pelas redes de assistência de saúde e social (art 22, inciso I, especialmente), a responsabilidade pelo uso, indevido ou não, precisa ser debitada, de modo enfático, na conta daquele que, para a ótica deste subsistema, é o único responsável pelo uso de drogas necessariamente reputado como malogro social: o traficante.

Por essas e outras razões é que se arrisca afiançar que a legislação antidrogas atual constitui não só um subsistema penal paralelo, como também atende aos pressupostos daquilo que, principalmente na Europa, se tem chamado de *direito penal do inimigo*. Por isso devemos entender, sinteticamente, e de maneira mais operacional, a possibilidade de suspensão das regras da lei, das garantias existentes em prol do acusado em face do poder punitivo do Estado, tomando-se por parâmetro quer o crime supostamente praticado, quer a figura do agente. Trata-se de assumir que na constituição mesma do Estado de direito moderno, há lugar para a exceção, para a suspensão da ordem jurídica, sem que a essência desse Estado de direito seja colocada em questão. Em certo sentido, tal possibilidade desvela uma espécie de violência que, antes de ser infirmada, é patrocinada pelo direito. Neste caso, o conjunto do direito positivo brasileiro é emblemático, como se verá.

É certo que o Congresso Nacional não tem dado muitos indicativos de que a legislação sobre drogas seja aperfeiçoada. Mais provável é que ela seja, antes, piorada. Sem embargo, parece necessário alcançar níveis mais profundos de nossa ordem jurídico-positiva. Isso porque,

<sup>16</sup> BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. In: **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. ano 3. n. 5 e 6, 1998, p. 77-94.

em primeiro lugar, a desigualdade de tratamento reservada à questão das drogas ilícitas, no Brasil, começa pela própria Constituição Federal. Sim, pois é ela quem diz, em seu art 5º, XLIII que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, além de outros crimes bastante graves como o terrorismo, a tortura, o latrocínio e o estupro. Desdobramento reconhecido, pelo menos até aqui, como insuspeito pela imprudente jurisprudência brasileira reside na impossibilidade de se admitir indulto ou mesmo comutação de penas a pessoas condenadas por tráfico de drogas que a lei reputa ilícitas. É ela Constituição que também estabelece exceção à regra de que um brasileiro nunca será extraditado, salvo aquele naturalizado de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de drogas (art 5º, LI). Nossa Constituição também inclui, dentre as competências igualmente excepcionais da Polícia Federal, prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (art 144, § 1º, II). Está também em nosso Texto Constitucional a previsão de que, até dia desses, a única forma de expropriação de terras sem a indenização correspondente pelo Estado, se dava quando localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. Também todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência de tráfico de entorpecentes deve ser confiscado sem qualquer indenização (art 243).<sup>17</sup>

No nível infraconstitucional a desigualdade também é patente. Começando pela pena privativa de liberdade atualmente cominada ao condenado por tráfico ilícito de drogas (de 5 a 15 anos de reclusão – lei nº 11.343/05, art 33, *caput*), é preciso anotar que ela supera, por exemplo, a pena prevista para a participação em suicídio (de 2 a 6 anos, no caso de o suicídio se consumir), e até da lesão corporal seguida de morte (de 4 a 8 anos). Ela é imensamente superior, ainda,

<sup>17</sup> A atual redação do art 243 da Constituição Federal, dada pela emenda constitucional nº 81 de 5 de junho de 2014, é a seguinte: Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

à pena prevista para quem produz, dirige ou filma cenas de sexo explícito envolvendo criança (ECA, art 240 – 4 a 8 anos). Maior que a cominada para o condenado por ter removido partes do corpo de pessoa viva, de que resulte deformidade permanente (de 4 a 12 anos de reclusão – lei nº 9.434/97, art 14, § 3º). A pena prevista para o acusado de tráfico é ainda absurdamente mais relevante que a prevista para quem pratica o crime de tortura e ainda provoca na vítima lesão corporal de natureza gravíssima, capaz de provocar debilidade permanente (reclusão de 4 a 10 anos – lei nº 9.455/97, art 1º, § 3º). Seu nível máximo (15 anos) é superior ao cominado para o *estupro* que resultar em lesão corporal de natureza grave (12 anos – CP, art 213, § 1º). A pena de multa cominada para o tráfico de drogas (art 33 – de 500 a 1.500 dias-multa, lei nº 11.343/06) é igualmente exorbitante e desproporcional, podendo ser aumentada até o seu décuplo (art 43, parágrafo único).

A isso se deve agregar ainda que, para a lei em vigor, pelo menos em seus contornos originais, a todos os crimes, tidos por hediondos ou não, caberia liberdade provisória sem fiança, com exceção do tráfico ilícito de entorpecentes.<sup>18</sup> Previsão analogamente proibitiva também havia quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.<sup>19</sup> Tais distorções, tão gritantes quanto outras tantas ainda vigentes, vêm sendo paulatinamente corrigidas, em especial pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>20</sup>

Sobre essas questões, cabe o registro do julgamento inconcluso do Recurso Extraordinário nº 635.659: a deliberação provisória aponta

<sup>18</sup> Tal anomalia foi corrigida, ainda que de forma incidental, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 104.339, quando o tribunal declarou, por maioria, a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante do *caput* do artigo 44 da lei nº 11.343/2006.

<sup>19</sup> Mais uma vez, aqui, nossa insuspeita Corte Suprema entendeu por bem interceder. E o fez, novamente em controle difuso de constitucionalidade, por meio do julgamento do Habeas Corpus nº 97.256: “Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos.” Referido julgamento, contudo, alçou voos mais largos com a aprovação da Resolução nº 5 de 2012 do Senado Federal, suspendendo a expressão, constante da lei original, “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”.

<sup>20</sup> Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo nº 798 – 7 a 11 de setembro de 2015. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em: 5 jul 2016.

para o reconhecimento da inconstitucionalidade do art 28, *caput* e de seu § 1º no que se refere à criminalização do porte de drogas para uso pessoal. O relator, ministro Gilmar Mendes, assim entendeu sem distinguir entre os tipos de drogas ilícitas. Os demais ministros a votar (Edson Fachin e Roberto Barroso), acompanharam-no apenas em parte, na medida em que só reconheceram inconstitucionalidade em relação à maconha, excluindo de seu âmbito de as demais drogas reputadas ilegais. Mesmo confirmado o desfecho pela declaração de inconstitucionalidade, o cenário que se descortina não recomenda otimismo, já que as chances são grandes de que se atualize e reforce a bipolaridade que designa nosso subsistema penal de drogas ilícitas.

Mas talvez a mais alentadora das decisões do Supremo Tribunal Federal neste campo resida no julgamento, concluído no último dia 23 de junho, do Habeas Corpus nº 118.533. As notícias até aqui veiculadas, dão conta de que a mais alta corte brasileira, mais do que reconhecer que o chamado “tráfico privilegiado” – que deriva da incidência da importante, e por isso mesmo talvez melhor das inovações trazidas pela lei nº 11.343, causa de redução de pena prevista no § 4º do art 33 –, não ostenta natureza hedionda, assinalou também que a tal figura não se dirigem os requisitos mais severos para o livramento condicional (cumprimento de dois terços de pena, vedado ao reincidente específico, à semelhança do que fez a lei nº 8.072 de 1990 em relação a todos os crimes hediondos e assemelhados, ao incluir o inciso V ao 83, *caput* do Código Penal), bem como, e principalmente, aqueles pressupostos à progressão de regime (dois quintos da pena, se o apenado for primário, e três quintos, se reincidente (lei nº 8.072 de 1990, art 2º, § 2º).<sup>21</sup>

<sup>21</sup> A melhor fonte até aqui disponível também é o Informativo do Supremo Tribunal Federal (nº 831), que a este respeito, consigna: Tráfico privilegiado e crime hediondo – 4. O crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda. Por conseguinte, não são exigíveis requisitos mais severos para o livramento condicional (Lei 11.343/2006, art. 44, parágrafo único) e tampouco incide a vedação à progressão de regime (Lei 8.072/1990, art. 2º, § 2º) para os casos em que aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, Lei 11.343/2006. (...) O Tribunal superou a jurisprudência que se firmara no sentido da hediondez do tráfico privilegiado. Sublinhou que a previsão legal seria indispensável para qualificar um crime como hediondo ou equiparado. Assim, a partir da leitura dos preceitos legais pertinentes, apenas as modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no art. 33, “caput” e § 1º, da Lei 11.343/2006 seriam equiparadas a crimes hediondos. Entendeu que, para alguns delitos e

Mesmo diante da confirmação de tal julgamento, permanecerá, ainda, para a aplicação da mencionada causa de redução de pena, a alusão a circunstâncias tão dúcteis que, na prática, têm-se convertido no ônus de produzir prova negativa, acerca de dedicar-se ou não o acusado a atividades criminosas, simultaneamente a não integrar ou não organização criminosa. Como visto, na legislação antidrogas também existem problemas que não são sua exclusividade, tais como as reminiscências pouco infrequentes de um *direito penal de autor*. Outro exemplo é o recurso às circunstâncias sociais e pessoais, bem como

seus autores, ainda que se tratasse de tipos mais gravemente apenados, deveriam ser reservadas algumas alternativas aos critérios gerais de punição. A legislação alusiva ao tráfico de drogas, por exemplo, prevê a possibilidade de redução da pena, desde que o agente seja primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Essa previsão legal permitiria maior flexibilidade na gestão da política de drogas, pois autorizaria o juiz a avançar sobre a realidade pessoal de cada autor. Além disso, teria inegável importância do ponto de vista das decisões de política criminal. (...) A Corte observou que, no caso do tráfico privilegiado, a decisão do legislador fora no sentido de que o agente deveria receber tratamento distinto daqueles sobre os quais recairia o alto juízo de censura e de punição pelo tráfico de drogas. As circunstâncias legais do privilégio demonstrariam o menor juízo de reprovação e, em consequência, de punição dessas pessoas. Não se poderia, portanto, cancelar-se a hediondez a essas condutas, por exemplo. Assim, a imposição de pena não deveria estar sempre tão atrelada ao grau de censura constante da cominação abstrata dos tipos penais. O juiz deveria ter a possibilidade de exame quanto à adequação da sanção imposta e o respectivo regime de cumprimento, a partir do exame das características específicas na execução de determinados fatos, cujo contexto em que praticados apresentasse variantes socialmente relevantes em relação ao juízo abstrato de censura cominada na regra geral. De outro lado, o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 mereceria crítica na medida em que proíbe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Assentou, ainda, que a etiologia do crime privilegiado seria incompatível com a natureza hedionda. Além disso, os Decretos 6.706/2008 e 7.049/2009 beneficiariam com indulto os condenados pelo tráfico de entorpecentes privilegiado, a demonstrar inclinação no sentido de que esse delito não seria hediondo. Demais disso, cumpre assinalar que o crime de associação para o tráfico, que reclama liame subjetivo estável e habitual direcionado à consecução da traficância, não seria equiparado a hediondo. Dessa forma, afirmar que o tráfico minorado fosse considerado hediondo significaria que a lei ordinária conferiria ao traficante ocasional tratamento penal mais severo que o dispensado ao agente que se associa de forma estável para exercer a traficância de modo habitual, a escancarar que tal inferência consubstanciaria violação aos limites que regem a edição legislativa penal. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo nº 831 – 20 a 24 de junho de 2016**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo.htm>>. Acesso em: 5 jul 2016).

à conduta e aos antecedentes do agente, para fins de se determinar se a droga encontrada destina-se ou não ao consumo pessoal (art 28, § 2º); o mesmo sucede com a menção à personalidade e conduta social do agente como circunstância preponderante na fixação das penas (art 42), etc..

O conjunto de fatores a que fizemos referência, embora não único, constitui o caso mais grave de distorção na legislação penal recente. Ele deita suas raízes legais na própria Constituição, que as contingências e demais dificuldades contemporâneas tanto nos fazem proteger.

### 3. O problema penal no Brasil contemporâneo

Para o desígnio de esboçar com alguma fidelidade o atual cenário punitivo brasileiro convém ampliar o horizonte. Mesmo que não seja uma exclusividade, sobretudo nos últimos tempos, em que legislações típicas das emergências contemporâneas, mais precisamente a respeito de crime organizado (lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013) e terrorismo (lei nº 13.260 de 16 de março de 2016), foram aprovadas, o campo de incidência da legislação e das práticas relacionadas ao proibicionismo de certas substâncias reconhecidas como ilícitas ostenta uma relevância ímpar em função do grande impacto, principalmente quantitativo, que proporciona no impressionante aumento da população carcerária que há mais de 20 anos o Brasil experimenta.

Como é de se intuir, divisar o contexto dessa tragédia reclama ter em consideração que o crescimento da população carcerária brasileira segue sendo de escandalizar: 575% em pouco menos de 25 anos, isto é, de 90 mil em 1990 para 607 mil em meados 2014.<sup>22</sup> Em termos relativos, a situação não é muito distinta: entre 1995 e 2014 a taxa de aprisionamento brasileira – apurada a partir do número de pessoas presas para cada 100 mil habitantes –, cresceu 136%, menor apenas, entre os 50 países com maior população carcerária no mundo, do que o incremento da taxa da Indonésia (145%), que tem uma população carcerária relativa (66 para cada 100 mil, com um total de 167.163 pessoas) imensamente inferior à brasileira (300 para cada 100 mil, com um total, para meados de 2014, de 607.731 pessoas presas).<sup>23</sup>

<sup>22</sup> DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN (junho/2014)**. Brasília, 2015.

<sup>23</sup> Ibid.

Um relatório um pouco mais atualizado, com dados consolidados para dezembro de 2014, igualmente preparado pelo Departamento Penitenciário Nacional, registra um total de 622.202 pessoas presas no final de 2014, apontando uma taxa de encarceramento de 306,22 pessoas presas para cada 100 mil habitantes.<sup>24</sup> Em suma, além de estar em quarta colocação dentre os países de maior população carcerária absoluta do mundo, logo atrás, respectivamente, de Estados Unidos, China e Rússia, o Brasil é o único destes que assiste à continuidade do crescimento, registrando uma alta de 33% entre 2008 e 2014, em contraste, para o mesmo período, com uma redução de 8% para Estados Unidos, de 9% para a China e de 24% para a Rússia.<sup>25</sup>

Mesmo que não seja propriamente uma novidade, merece registro que cerca de 40% da população prisional brasileira total continua sendo de presas e presos provisórios.<sup>26</sup> A fragilidade dos dados, como já mencionado, certamente não admite obter um retrato relativamente fidedigno do perfil dessa população. Não obstante, a notícia que se tem é de que o sistema penal brasileiro continua “privilegiando” pessoas jovens (55,07% da população carcerária contra 18,09% da população nacional)<sup>27</sup>, negras (61,67% da população carcerária contra 53,63 da população nacional)<sup>28</sup> e de baixa escolaridade (75,08% têm até o ensino fundamental completo) – variáveis que por certo gravitam em torno do decisivo marcador social constituído pela dimensão de classe. Pois não parece lícito duvidar, à luz desse perfil, que sejam elas,

<sup>24</sup> DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN (dezembro/2014)**. Brasília, 2016.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN (dezembro/2014)**. Brasília, 2016.

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> Neste aspecto, a possível infidelidade dos dados pode ser ainda mais pronunciada. Para o INFOPEN – dezembro/2014, “comparação do perfil racial da população carcerária com a população brasileira em geral é pautada por uma diferença metodológica importante. Na PNAD, a raça/cor do entrevistado é autodeclarada, enquanto os questionários das prisões são respondidos pelos gestores das unidades, e não se sabe qual é o método de coleta dessa informação. Além disso, a análise bivariada de uma distribuição complexa como a de raça/cor pode omitir aspectos importantes da questão, como outras variáveis socioeconômicas da população.” (p. 38)

as classes sociais mais sujeitas a condições sociais em tudo negativas, que mais têm alimentado esse sistema.

Essa hipertrofia do coração do sistema punitivo, representado pelo dispositivo carcerário, atingiu de modo ainda mais enfático a população de mulheres, produzindo neste público um incremento, em termos absolutos, da ordem de 567% para um período de menos de quinze anos (de 2000 a 2014), enquanto a taxa total de aprisionamento aumentou 119% para o mesmo período.<sup>29</sup> Entre as mulheres privadas de liberdade no Brasil, 30,1% são presas provisórias. Para o Paraná, tal percentual chega a 41%. 50% delas têm entre 18 e 29 anos, situação que se reproduz no Estado do Paraná. Relativamente à etnia ou cor da pele, os dados dão conta de que 68% das mulheres encarceradas são negras, enquanto a proporção de pessoas negras na população brasileira supera minimamente os 50%. Neste aspecto, o Paraná destoa um pouco do panorama geral: 41% das presas são identificadas como negras e 55% como brancas. A escolaridade mais uma vez é baixa: 50% não completaram o ensino fundamental (53% só para o Paraná).<sup>30</sup>

Nesse sentido, é bom que se considere que essa confluência de tendências se intensifica a partir da vigência da atual legislação sobre drogas ilícitas. Segundo o último panorama disponível, para o mês de dezembro de 2014, o tráfico de drogas constitui o tipo de crime que, de maneira isolada, mais encarcera no Brasil: entre toda a população carcerária, 28%, contra 25% do roubo e 13% do furto)<sup>31</sup>; entre as mulheres, o cenário se dramatiza enfaticamente: 68% em razão do tráfico, 9% por furto e 8% por roubo.<sup>32</sup>

Além disso, pesquisas que procuraram perceber de forma empírica os específicos e mais sutis impactos da atual legislação de drogas, revelam que seu principal efeito tem sido o aprofundamento das distorções já conhecidas do funcionamento dos concretos sistemas

<sup>29</sup> DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN MULHERES (junho/2014)*. Brasília, 2015.

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN (dezembro/2014)*. Brasília, 2016.

<sup>32</sup> DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN MULHERES (junho/2014)*. Brasília, 2015.

penais. Grillo, Policarpo e Veríssimo, numa pesquisa que cobriu o período entre novembro de 2007 e julho de 2009, identificaram uma importante queda (20%) de ocorrências de flagrante por uso de droga, logo em seguida à implementação da nova legislação.<sup>33</sup> Verificaram também, por meio de entrevistas feitas com os atores sociais diretamente envolvidos nesse drama, que os próprios policiais teriam experimentado um reforço em seu dantes já não acanhado poder criminalizador (ou tipificador). Para referidos autores, a nova legislação sobrevalorizou a *mercadoria política* negociada nas abordagens policiais, traduzindo também um aumento da corrupção e até mesmo dos valores pecuniários envolvidos em cada uma dessas negociações.

Deparamo-nos agora com o ponto mais crítico do “desenrolo”: a *mercadoria política* em jogo não é apenas o registro ou não do flagrante, mas também o tipo criminal em que a situação de porte ilegal de drogas vai ser classificada, se *uso* ou *tráfico*. Quando esses flagrantes chegam à delegacia, são os delegados e policiais civis de plantão que fazem a tipificação criminal, com base, porém, na descrição oferecida pelo “condutor”, normalmente um policial militar. As suas declarações orientam a formulação da “dinâmica do fato” e, se enquadrado como usuário, o acusado deverá apenas assinar o Termo Circunstanciado, sendo logo liberado, ao passo que, se configurar um caso de tráfico, inicia-se a lavratura de um Auto de Prisão em Flagrante e o acusado vai para a prisão, onde aguardará pelo julgamento.<sup>34</sup>

As causas para isso, intuiu-se, estão na dualidade da lei, em função da grande diferença existente entre os tratamentos punitivos reservados para aqueles que ela reconhece como usuários, de um lado, e traficantes, de outro. Tal efeito se torna ainda mais pronunciado em razão da ausência de critérios minimamente objetivos para se proceder ao *discrímen*. Tal ausência não seria “uma imperfeição da lei, mas uma consequência da impossibilidade de uma diferenciação objetiva e eficaz.”<sup>35</sup>

<sup>33</sup> GRILLO, Carolina Christoph; POLICARPO, Frederico; VERISSIMO, Marcos. A “dura” e o “desenrolo”: efeitos práticos da nova lei de drogas no Rio de Janeiro. *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba, v. 19, n. 40, p. 135-148, 2011.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Ibid.



Digno de menção é também a tese doutoral de Marcelo da Silveira Campos, na qual, por meio de um complexo conjunto de procedimentos metodológicos (estatística descritiva, cruzamentos, série temporal e regressão linear logística binária),<sup>36</sup> o autor afirma o impactante efeito da atual legislação sobre drogas ilícitas (13% do total da população carcerária em 2005, contra 27% diante do total de 2013). Para Silveira foi possível evidenciar um “progressivo aumento na incriminação de traficantes, a cada ano após 2006, concomitante com a diminuição de usuários incriminados: no último trimestre da série (outubro/dezembro de 2009) 87,5% das pessoas foram incriminadas por tráfico de drogas e 12,5% incriminadas por uso de drogas.”<sup>37</sup>

No que se refere às mulheres, nota-se ainda uma série de especificidades, dentre as quais o que Rosa del Olmo há muito identificou como processo de feminização da pobreza.<sup>38</sup> Nesse contexto, a destinação, às mulheres, das tarefas mais precárias na divisão sexual do trabalho – inclusive ilícito –, e, por essa mesma razão, mais suscetíveis à criminalização direta, também é uma questão que se coloca. Levantamentos realizados em autos de prisão em flagrante revelam que grande parte das mulheres é presa em função de denúncias (35%) e em revistas na entrada das penitenciárias (10,9%). Neste último caso, elas tentavam levar drogas ao companheiro preso.<sup>39</sup> As posições ocupadas pelas mulheres nas complexas redes em que se desenvolve a economia das drogas ilícitas é igualmente subalternizada. Antes de chefes do tráfico, as mulheres são, quase sempre, chefes de família. Isto é, possuem filhos a respeito dos quais dificilmente têm com quem dividir a responsabilidade. Encontram, na hipótese de prisão, para além de estabelecimentos lotados e desprovidos das mínimas condições de habitabilidade, lugares projetados e destinados aos

<sup>36</sup> CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal de São Paulo**. 313 f. Tese (doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 102.

<sup>37</sup> SILVEIRA, **Pela metade**, p. 19.

<sup>38</sup> OLMO, Rosa del. Reclusión de mujeres por delitos de drogas. Reflexiones iniciales. **Revista española de drogodependencias**. n. 23, 1998, p. 5-24.

<sup>39</sup> JESUS, Maria Gorete de. *et al.* **Prisão provisória e lei de drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo**. São Paulo: NEVUSP, 2011, p. 65. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>> Acesso em: 04 jul. 2016.

homens. São presos que menstruam.<sup>40</sup> Mulheres presas também não costumam receber visitas.<sup>41</sup> Para as entidades e movimentos que têm se dedicado a debelar o incremento de mulheres prisionalizadas, o sistema de justiça também opera segundo um código moral, “tomando por modelo uma forma supostamente ‘correta’ ou ‘desejável’ de ser mulher – pura, dócil, afável, fiel – e penalizando aquelas que não se encaixam nessa norma.”<sup>42</sup>

Não se pode abdicar de mencionar, nesse contexto, que o modelo político criminal adotado, a despeito da certa inflexão que enuncia no que se refere aos usuários – e da subsequente tendência de que a bipolaridade acabe se aprofundando – é o grande responsável pelo igualmente escandaloso número de mortes violentas registradas no Brasil. Não apenas, mas sobretudo em razão do padrão de funcionamento das forças de segurança pública. Não cabe aqui analisar com mais percuciência este verdadeiro *genocídio em ato*. Mas, por certo ele pode ser tributado principalmente ao proibicionismo ainda vigente, produzindo um derramamento de sangue de fazer “inveja” a muita guerra declarada mundo afora, a exemplo do que tem acontecido, não de hoje, com o México.

Apesar do panorama nada animador, o engajamento de organizações e movimentos em torno do aumento vertiginoso da população carcerária feminina têm obtido conquistas. Dentre elas pode-se destacar a aprovação da Portaria Interministerial nº 210 de 16 de janeiro de 2014, instituindo a “política nacional de atenção às mulheres em situação de privação de liberdade e egressas do sistema prisional”.<sup>43</sup> Mais recentemente, mencione-se

<sup>40</sup> QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam: a brutal vida das mulheres tratadas como homens nas prisões brasileiras**. Rio de Janeiro: Record, 2015.

<sup>41</sup> Estes dados não parecem ter sido ainda objeto de uma sistematização. Tal condição é correlata, também provavelmente, à inexistência de um levantamento quantitativo adequado, mesmo em termos de amostragem. Há, contudo, uma importante rede de entidades e ativistas que têm priorizado o público feminino em suas ações. A partir dela é que se colocou no ar o sítio eletrônico [mulheresemprisao.org.br](http://mulheresemprisao.org.br). É nele que estas informações podem ser encontradas e elas decorrem de todo um acúmulo de experiências e vivências

<sup>42</sup> INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA - ITTC. **Mulheres sem prisão**. Disponível em: <[mulheresemprisao.org.br](http://mulheresemprisao.org.br)>. Acesso em: 17 mai. 2016.

<sup>43</sup> Referida norma tem por diretriz a prevenção de todos os tipos de violência contra mulheres em situação de privação de liberdade, “em cumprimento aos instrumentos nacionais e internacionais ratificados pelo Estado Brasileiro, e a implementação da política nacional de atenção às mulheres em situação de

ainda a aprovação da lei nº 13.257 de 8 de março de 2016, reconhecida como marco legal da primeira infância, prevendo, em especial, a ampliação do uso da prisão domiciliar como substitutivo à prisão preventiva. Em nível internacional, mas com potenciais reflexos em âmbito doméstico, comemora-se a difusão das Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras – as *Bangkok Rules*;<sup>44</sup> bem como a inclusão, nas regras mínimas da ONU para o tratamento de presos em geral de previsões – recentemente atualizadas e designadas *Mandela Rules*,<sup>45</sup> em homenagem ao líder sul-africano –, de previsões específicas para as mulheres, mais precisamente quanto à estrutura e funcionamento dos estabelecimentos penais.

A sensibilização quanto a este fenômeno, tão recente quanto preocupante, fez surgir ainda uma campanha interessante, visando o reconhecimento, por meio do competente decreto do poder executivo da União, de indulto e comutação para mulheres condenadas por tráfico de drogas, tendo em conta a evidente ineficácia de tal medida desencarceradora para este público. Referida campanha, encampada pelo Grupo de Estudos e Trabalho “Mulheres Encarceradas”, ganhou, ainda mais recentemente, o reforço da já mencionada decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, excluindo a etiqueta de hediondo das condenações por tráfico de drogas que contaram com a incidência da causa de redução de pena prevista no § 4º do art 33 da lei nº 11.343/2006. Isso porque a postulação de tal grupo de trabalho, e da rede de entidades e movimentos que o apoiam, compreende a aplicação dos institutos despenalizadores para os crimes de tráfico com condenação definitiva de até 5 anos de prisão, o que somente se afigura possível, em linha de princípio, com a aplicação da causa de redução de pena já mencionada.

#### 4. Conclusões (sempre) provisórias

Há muito mais a dizer sobre o subsistema penal das drogas tornadas ilícitas. As conclusões que podem ser extraídas do contexto da *guerra às*

---

privação de liberdade e egressas do sistema prisional”, bem como a humanização das condições do cumprimento da pena, “garantindo o direito à saúde, educação, alimentação, trabalho, segurança, proteção à maternidade e à infância, lazer, esportes, assistência jurídica, atendimento psicossocial e demais direitos humanos.”

Em nível internacional comemora-se também a difusão das Regras de Bangkok

<sup>44</sup> Adotada pela Assembleia Geral da ONU em sua 65ª sessão, de 21 dez. 2010.

<sup>45</sup> Adotada pela Assembleia Geral da ONU em 17 dez. 2015.

*drogas* que o Brasil adotou, sobretudo desde o advento da ditadura militar e da revogada lei nº 6.368/76, permitiriam abordar mais profundamente tantos outros assuntos, tais como o direito penal do inimigo, a contraditória porém estável convivência entre Estado de exceção e Estado de direito, e também desse último com o Estado de polícia. Limitações de praxe, contudo, nos impedem de atender a essas demandas.

Uma ideia geral, que avultou das questões aqui suscitadas, é a de que, para além da bipolaridade, outro marcador a considerar é aquele de gênero e sua correlata divisão sexual do trabalho.<sup>46</sup> Sobretudo porque o funcionamento dos concretos sistemas penais se distingue pela seletividade. Em sociedades hierarquizadas, onde imperam a opressão e múltiplas outras formas de desigualdade, o sistema penal é estruturado para recair sobre setores que se encontram em situação de vulnerabilidade social. Quanto maior é essa vulnerabilidade, maior é a possibilidade de ser atingido pelo sistema penal, de ser criminalizado, e de, neste processo mesmo de sujeitamento, sofrer o reforço da seletividade e da desigualdade que estão na base da organização social. De sorte que às adversidades que decorrem da condição econômica, se acrescem aquelas típicas da condição feminina, também as que derivam da etnia ou cor da pele, e, no limite, até da orientação sexual diversa da hegemônica. Tal é o que sucede com as mulheres no cenário punitivo brasileiro contemporâneo, bem na linha do que já nos legou o feminismo por meio da noção de interseccionalidade.

Isso se aprofundou com a atual política criminal de drogas, justamente porque a adoção do paradigma aqui alcunhado de *bipolar* adaptou-se extraordinariamente bem à acomodação histórica das placas tectônicas que nos constituem, grosso modo – e para promover uma atualização semântica na direção de uma hoje bastante celebrada filosofia política –, entre matáveis e não-matáveis. Parece não haver qualquer anacronismo em reconhecer seu fundamento histórico na longa escravidão de africanos e seus descendentes, para os quais havia um regime jurídico próprio, distinto do devotado às pessoas que o sistema institucional efetivamente considerava como tais, isto é, como pessoas. Em certo sentido, essa clara divisão em termos de

---

<sup>46</sup> Ver, a respeito, FERREIRA, Fernanda Macedo, et al. Opressão e transgressão: o paradoxo da atuação feminina no tráfico de drogas. In: SÁ, Priscila Placha (org.). **Dossiê: as mulheres e o sistema penal**. Curitiba: OABPR, 2015, p. 150-170.

regime jurídico parece recuperar essa tradição nada saudosa, um tanto incompreendida por certa historiografia, que a concebe como “fora do lugar” em razão da aparentemente contraditória convivência, no Império, por exemplo, entre liberalismo e escravidão. Trabalhando com a ideia de ambiguidade, já ponderamos:

A ambiguidade se exprime sobretudo na *repartição seletiva*, que o Estado chegou a consagrar em leis (Código Criminal do Império de 1830, por exemplo), do exercício do poder punitivo que deveria manter a seu cargo com exclusividade. E é seletiva porque fundamentada na absoluta fratura social que dispunha, em estratos completamente separados, submetidos a regimes jurídicos completamente diferentes, os brasileiros livres dos escravizados. Para isso todo um arcabouço legal contraditório foi elaborado, tendo por principal objetivo a mais completa *submissão produtiva* da força de trabalho escravizada. As relações sociais, mais ou menos compatíveis com as relações jurídicas, no escravismo, seja ele colonial ou imperial, sempre sofreram uma diferenciação fundante, que se projetava também sobre o sistema penal. Dois sistemas penais deviam conviver, correlativos a duas ordens taxonômicas distintas de indivíduos e a dois polos de soberania: um público, garantido politicamente; outro doméstico, mantido pela força bruta. A unidade escravista não era só familiar, mas também produtiva, politicamente autônoma e constituía uma verdadeira *instituição total*, cujo centro de gravidade era a senzala na qual ficava armazenada sua principal força produtiva, seu motor: a força de trabalho escrava.<sup>47</sup>

A já abordada bipolaridade é ainda responsável pelo reforço do poder tipificador próprio àquilo que Zaffaroni intitula de agências executivas do poder punitivo. Nessa linha de raciocínio, fecha-se o ciclo: constitui patrimônio adquirido pela criminologia crítica o fato de que o verdadeiro exercício do poder punitivo se concentra na sombra do sistema penal, lá onde quem determina a seleção é a polícia. Historicamente, a polícia tem desempenhado o encargo de fornecer à prisão os infratores que essa transforma em delinquência, tal como também observou Foucault, em seu célebre *Vigiar e Punir*.<sup>48</sup> Nessa

<sup>47</sup> SOUZA SERRA, Marco Alexandre de. **Economia política da pena**. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 145.

<sup>48</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: a história da violência nas prisões**. 16 ed. São Paulo: Vozes, 1997, p. 117.

perspectiva, a pena não serve para evitar crimes. Ela antes se destina a produzir o material de que o Estado se alimenta, a delinquência, para continuar acionando sua energia punitiva.

Apesar do fracasso que esta guerra representa do ponto de vista de suas funções declaradas, seu êxito verdadeiro está nas funções políticas e econômicas que desempenha, mantendo mais agudo o controle sobre as classes sociais subalternizadas e garantindo a alta lucratividade daqueles que, mesmo figurando como maiores beneficiários de todo o vultoso mercado ilícito, acham-se protegidos dos processos mais tradicionais de criminalização secundária.

Os prognósticos, também em razão disso, não devem animar, mesmo diante do reconhecimento, já entrevisto, da inconstitucionalidade do porte de drogas ilícitas para consumo próprio. Sua confirmação tende a aprofundar ainda mais a clivagem que, no limite, está na origem de nossos problemas. A ela se pode atribuir, possivelmente, a sabotagem de inovações em princípio de alto poder desencarcerador, de que são exemplo a lei de medidas cautelares pessoas diversas da prisão (nº 12.403 de 2011), e, possivelmente, também o instituto da audiência de custódia.

A questão que se coloca, portanto, mesmo sem virar as costas para ações mais pontuais, bem ao gosto da perspectiva da redução de danos – sobretudo importante para o campo do uso exagerado de drogas, inclusive lícitas –, é efetivamente colocar no horizonte de nossas reflexões a possibilidade da descriminalização e até mesmo legalização da produção, distribuição e consumo de todas as substâncias psicoativas, como continua propondo Maria Lúcia Karam<sup>49</sup>.

## Referências

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. ano 3. n. 5 e 6, 1998, p. 77-94.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal de São Paulo**. 313 f. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN MULHERES (junho/2014)**. Brasília, 2015.

<sup>49</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN (dezembro/2014)**. Brasília, 2016.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Mulheres presas – dados gerais. Projeto mulheres/DEPEN**. Brasília, 2011.

FERREIRA, Fernanda Macedo, et al. Opressão e transgressão: o paradoxo da atuação feminina no tráfico de drogas. In: SÁ, Priscila Placha (org.). **Dossiê: as mulheres e o sistema penal**. Curitiba: OABPR, 2015, p. 150-170.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: a história da violência nas prisões**. 16 ed. São Paulo: Vozes, 1997.

GRILLO, Carolina Christoph; POLICARPO, Frederico; VERISSIMO, Marcos. A “dura” e o “desenrolo”: efeitos práticos da nova lei de drogas no Rio de Janeiro. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, v. 19, n. 40, p. 135-148, 2011.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA – ITTC. **Mulheres sem prisão**. Disponível em: <mulheresemprisao.org.br>. Acesso em: 17 mai. 2016.

JESUS, Maria Gorete de. *et al.* **Prisão provisória e lei de drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo**. São Paulo: NEVUSP, 2011, p. 65. Disponível em: <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf> Acesso em: 04 jul. 2016.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e outras fantasias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

\_\_\_\_\_. **Proibições, riscos, danos e enganamentos: as drogas tornadas ilícitas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MALAGUTI BATISTA, Vera. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Tráfico de drogas e Constituição: um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais** (relatório de pesquisa – série Pensando o Direito nº 1). Brasília, 2009, p. 39.

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga** (trad. Teresa Ottoni). Rio de Janeiro: Revan, 1990.

\_\_\_\_\_. Reclusión de mujeres por delitos de drogas. Reflexiones iniciales. **Revista española de drogodependencias**. n. 23, 1998, p. 5-24.

PONTE. **Informação encarcerada: a blindagem de dados da segurança pública de São Paulo**. São Paulo, 2015. Disponível em: http://

ponte.org/estudo-revela-falta-de-transparencia-da-seguranca-publica-em-sp/#.Vtbf5hYmLh4.facebook Acesso em: 1 mar. 2016.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam: a brutal vida das mulheres tratadas como homens nas prisões brasileiras**. Rio de Janeiro: Record, 2015.

REDE DE JUSTIÇA CRIMINAL. **Os números da justiça criminal (informativo – 8 ed.)**. 2015. Disponível em: http://redejusticacriminal.wix.com/transparencia Acesso em: 25 fev. 2016.

SOUZA SERRA, Marco Alexandre de. **Economia política da pena**. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo nº 831 – 20 a 24 de junho de 2016. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo.htm>. Acesso em: 5 jul 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo nº 798 – 7 a 11 de setembro de 2015. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>. Acesso em: 5 jul 2016.

ZAFFARONI, Eugenio R. Prólogo. In: KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e outras fantasias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 13-16.

## Política de drogas no Brasil: Desafios e soluções

16

*Neemias Moretti Prudente<sup>1</sup>*

“As drogas já fazem parte de nossa cultura. Da mesma forma que há boa música e má música, há boas e más drogas. E, então, da mesma forma que não podemos dizer somos “contra” a música, não podemos dizer que somos “contra” as drogas.”

*Michel Foucault<sup>2</sup>*

Discutir a temática das drogas é algo necessário no contexto atual da sociedade, notadamente porque constitui o grande mal (“inimigo”) do século XXI. Os governos e as sociedades de diversos países enfrentam o grande desafio acerca de qual a melhor política de drogas a ser estabelecida. Mas onde há desafios há também soluções. Sem receio de externar nosso posicionamento, apontamos algumas soluções, tais como a descriminalização e a legalização das drogas. Mas para adentrar por este tema e entender as peculiaridades que envolvem as drogas, é necessário se despir de preconceitos, moralismos, tendências políticas, hipocrisias, tabus, crenças, julgamentos e cargas ideológicas decorrentes do “senso comum” criminalizador – mídia e discurso punitivo.

<sup>1</sup> Professor de Direito Processual Penal e Legislação Penal Especial (IPE). Mestre em Direito Penal (UNIMEP/SP) e Especialista em Direito Penal e Criminologia (ICPC/UFPR). Graduando em Filosofia (UNINTER). E-mail: neemias.criminal@gmail.com.

<sup>2</sup> Cf. “Michel Foucault, uma entrevista: sexo, poder e política”. Tradução de Wanderson Flor do Nascimento. In *Verve*, São Paulo, Nu-Sol, v. 5, 2004, p. 265. Disponível em: <<http://www.nu-sol.org/verve/pdf/verve5.pdf>>. Acesso em: 04/07/2016.

Primeiramente, o que é droga? Depende.

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), droga é qualquer substância que tem capacidade de modificar uma ou várias funções do organismo. Está definição engloba substâncias ditas lícitas – bebidas alcoólicas, tabaco e certos medicamentos – e igualmente, as substâncias ilícitas, como a cocaína, maconha, ecstasy, entre outras.<sup>3</sup> Do ponto de vista médico, drogas são substâncias usadas para produzir alterações nas sensações, no grau de consciência e no estado emocional. Essa definição inclui maconha, cocaína e heroína, mas também café, chocolate e Prozac, sem falar no álcool e no cigarro.<sup>4</sup> Do ponto de vista da neurociência, pode-se dizer que toda substância capaz de alterar parâmetros biológicos é uma droga. Portanto, a despeito das circunstâncias legais, políticas e históricas, do ponto de vista biológico, o termo “droga” pode ser atribuído a todos os fármacos e substâncias psicoativas, além de muitos alimentos.<sup>5</sup> Sob a ótica das Ciências Sociais, divergindo de plano dos conceitos médicos, “a droga não é designativo apenas para produtos que levam a ilegais estados alterados de consciência ou a substâncias que tem seu uso regulado e regulamentado a partir da ciência médica. Por droga se designa principalmente tudo aquilo que, preconceituosamente, a moral conservadora considera inadmissível.”<sup>6</sup> Já no âmbito legal existem as drogas livres, que qualquer um pode comprar sem controle (álcool e cigarro, por exemplo); as de uso controlado (que podem ser compradas com receita médica, por exemplo); e as ilegais (maconha, cocaína, por exemplo).

Assim, verificamos de plano que não existe um critério único, e sim um entendimento amplo para definir o que seja droga. Daí surge uma indagação: Por que então certas drogas (como o álcool, tabaco e

<sup>3</sup> MANUAL de prevenção do uso de drogas para mediadores. Humanus – Associação Humanidades. Disponível em: <[www.humanus.pt/download.php?id=13](http://www.humanus.pt/download.php?id=13)>. Acesso em: 02/07/2016.

<sup>4</sup> VERGARA, Rodrigo. Drogas o que fazer a respeito. Superinteressante. ed. 172, janeiro de 2012. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/drogas-o-que-fazer-a-respeito>>. Acesso em: 28/06/2016.

<sup>5</sup> RIBEIRO, Sidarta; MALCHER-LOPES, Renato; MENEZES, João R. L. Drogas e Neurociências. Boletim IBCCRIM, ano 20, edição especial drogas, outubro de 2012, pp. 15-17.

<sup>6</sup> PASSETTI, Edson. Drogas: nem vícios nem virtudes. Libertárias, São Paulo, Imaginário, 1998, pp. 43-45. Disponível em: <<http://www.nu-sol.org/artigos/ArtigosView.php?id=4>>. Acesso em: 02/06/2016.

fármacos) são permitidas e tem seus usos sociais aceitáveis, enquanto outras (como a maconha e cocaína) são proibidas e, portanto, alvos do sistema penal?

Até agora não há critério técnico/lógico que justifique a inclusão das substâncias em uma ou outra categoria. À luz da ciência, não há ponto de corte, diz o psiquiatra Dartiu Xavier da Silveira.<sup>7</sup> A seleção, portanto, é arbitrária (v.g. motivada por critérios culturais, morais, políticos e econômicos). No caso brasileiro, por haver norma penal em branco no que diz respeito às drogas, cabe à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) estabelecer quais são as drogas consideradas ilícitas – a partir de critérios nada medicinais ou técnicos, porém, muitas vezes, atendendo a questões industriais e econômicas. Pode-se dizer que não há drogas ilícitas e sim drogas *tornadas ilícitas*.<sup>8</sup>

Se o objetivo da proibição é proteger a “saúde” das pessoas (saúde pública), a legalidade da produção e comercialização do álcool e cigarro se tornam contraditórias e inconcebíveis. As drogas que atualmente são legalizadas em nosso país fazem tanto ou mais mal à saúde quanto as drogas consideradas ilícitas. A *cannabis* (maconha), por exemplo, além de possuir fins medicinais, trazendo benefícios na prevenção ou tratamento de diversas doenças (artrite grave, câncer, HIV, esclerose múltipla), causa menos dano a saúde e dependência que as drogas consideradas lícitas, como o álcool e o tabaco. Aliás, o álcool e o tabaco, considerada as drogas mais vendidas no mundo, são responsáveis por milhares de doenças e mortes provocadas por eles. Segundo dados do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC), todo ano morrem 5 milhões de pessoas em razão do uso de tabaco, 2,5 milhões em razão do uso de bebidas alcoólicas e 200 mil em razão do uso de drogas ilícitas.<sup>9</sup> O álcool (*potencializador da agressividade*), por exemplo, é o grande responsável pelos inúmeros acidentes de trânsito, violência familiar e homicídios fúteis.

<sup>7</sup> VERGARA, Rodrigo. Drogas o que fazer a respeito. Superinteressante, edição 172, janeiro de 2002. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/drogas-o-que-fazer-a-respeito>>. Acesso em: 28/06/2016.

<sup>8</sup> GUILHERME, Vera. *Quem tem medo do lobo mau?* A descriminalização do tráfico de drogas no Brasil – por uma abordagem abolicionista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. pp. 22-24.

<sup>9</sup> World Health Organization 2011. Global status report on alcohol and health; 2011; United Nations Office on Drugs and Crime – UNODC. World Drug Report 2008.

Além disso, é mais provável e frequente que usuários de álcool e tabaco se tornem dependentes do que os usuários de drogas ilícitas, como a *cannabis*, por exemplo. Em pesquisa realizada pela Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD) e o Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas (CEBRID), verificou-se que a população brasileira é mais dependente de bebidas alcoólicas (11,2%) e tabaco (9%) do que a maconha (1%).<sup>10</sup> **Carl Hart** nos lembra que diversas pesquisas científicas (cujas fontes são devidamente reveladas) têm demonstrado que o vício acomete apenas entre 10 e 25% dos que têm contato até mesmo com as drogas mais demonizadas na sociedade atual, como o crack, por exemplo. O uso de drogas, na maioria dos casos, não leva ao vício.<sup>11</sup> Segundo dados do UNODC, de um total de 246 milhões de pessoas no mundo que usam algum tipo de droga (ilícita ou não), somente cerca de 27 milhões fazem uso problemático de drogas.<sup>12</sup> É dizer, a maior parte das pessoas fazem uso ocasional, administrando o consumo desses produtos sem consequências danosas e sem riscos para a saúde.<sup>13</sup> Decerto, temos que concordar que nem todo usuário constitua um problema e que a droga não seja um problema para todo usuário.

<sup>10</sup> BRASILEIROS são mais dependentes em álcool, tabaco e maconha. Disponível em: <<http://www.antidrogas.com.br/mostraartigo.php?c=214&msg=Brasileiros%20s%20mais%20dependentes%20em%20%20E1lcool,%20tabaco%20e%20maconha>>. Acesso em: 02/07/2016.

<sup>11</sup> HART, Carl. *Um preço muito alto*: a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre drogas. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. pp. 23 e 87; MARONNA, Cristiano Avila. Política de drogas, cultura do controle e propostas alternativas. IBCCRIM, notícias, publicado em 22 de abril de 2009. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/grupo\\_trabalho\\_politica\\_nacional](https://www.ibccrim.org.br/grupo_trabalho_politica_nacional)>. Acesso em: 29/06/2016.

<sup>12</sup> RELATÓRIO mundial sobre drogas. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/relatorio-mundial-sobre-drogas.html>>. Acesso em: 01/07/2016.

<sup>13</sup> É importante citar que há imensa diferença entre o mero usuário e o dependente de drogas. O primeiro faz uso de determinada substância ocasionalmente. Não há dependência física ou psicológica. Ao contrário do toxicodependente, que utiliza determinada droga por necessidade. Deve ser considerado como um doente portanto, não um criminoso; Também existem inúmeros motivos que levam os indivíduos ao uso de drogas, pouco importando se lícitas ou ilícitas, tais como curiosidade, fantasia, espírito aventureiro, educação extremamente rígida ou permissiva demais, famílias desestruturadas, abandono familiar, falta de perspectiva de vida, mecanismo de fuga, dificuldades financeiras, brigas e violência familiar, 'bem estar' etc.

*Pois bem.*

O consumo de drogas remonta aos primórdios da humanidade, sempre fizeram parte da cultura humana, mas só passou a ser punível criminalmente com a evolução das sociedades, notadamente na passagem do século XIX para o século XX. No caso do Brasil, a primeira legislação criminal que puniu o uso e o comércio de substâncias tóxicas vinha contemplada no Livro V das Ordenações Filipinas: quem guardasse em casa ou vendesse substâncias como o ópio, poderia perder a fazenda, ser expulso do país e enviado para a África. Depois vieram: o Código Penal Republicano de 1890, a Consolidação das Leis Penais em 1932, o Decreto nº 780, modificado pelo Decreto-lei nº 891 de 1938, o Código Penal de 1940, a Lei n.º 6.368 de 1976, a Lei nº 10.409 de 2002 e finalmente a Lei nº 11.343 de 2006.

A nova Lei de Drogas, avançou em alguns pontos e retrocedeu em outros. Para os traficantes permanece a punição prisional, e para as drogas, mantém-se a proibição. Nessa linha, a lei adota uma orientação político-criminal de caráter dúplice:

Por um lado, destaca-se o abrandamento da punição dado ao porte para consumo pessoal. Assim, embora a conduta de quem “*adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas*” continue sendo crime, não mais se sujeita a pena privativa de liberdade e sim a “*medidas educativas*”, conforme expressamente se vê da dicção do §6.º do art. 28 (advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo). Pode-se perceber o compromisso com uma nova proposta em relação ao usuário e dependente de drogas: prevenção, atenção e a reinserção social, conforme estabelece o inciso I do art. 3º da Lei.

Por outro lado, destaca-se o agravamento da punição dado ao tráfico e à produção não autorizada, inclusive com a criação de novas figuras típicas, como o informante colaborador do tráfico (reclusão de 2 a 6 anos) e o financiador do tráfico (reclusão de 8 a 20 anos), majorando a pena mínima do tráfico e figuras equiparadas de 3 para 5 anos de reclusão (art. 33) e a ausência de critérios precisos que diferencie usuário e traficante<sup>14</sup>, além das diversas categorias de tráfico

<sup>14</sup> Segundo a Lei de Drogas, para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz deve atender à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais

(pequeno, médio e grande). Pode-se perceber que na incriminação do comércio de drogas, mantém-se a tradição da repressão, conforme estabelece o inciso II do art. 3º da Lei.<sup>15</sup> Lembrando que o tráfico é crime equiparado aos crimes hediondos, tornando ainda mais severa a repressão penal (v.g. penas mais longas, regime inicial fechado, maior dificuldade na progressão de regime, rito processual diferenciado).

Nota-se, apesar dos avanços, que a opção do legislador foi pela manutenção do modelo proibicionista, ainda que moderado, em relação as drogas.

O modelo proibicionista (ou de guerra às drogas), fundada num discurso predominantemente sanitário<sup>16</sup> e jurídico, baseia-se

---

e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente (art. 28, § 2º). Tal dispositivo genérico dá margem à vasta discricionariedade/arbitrariedade por parte do julgador, que se vale cotidianamente de aspectos objetivos do tipo ou subjetivos do réu para determinar se a droga apreendida era destinada ao consumo ou ao tráfico. Nesse sentido Vera Guilherme esclarece que quanto maior o grau de escolaridade e maior o poder econômico, menor é a possibilidade de ser selecionado pelo sistema penal e aponta que “essa triagem dos indivíduos a serem encarcerados passa, necessariamente, pela aplicação da lei 11.343/06 que, no momento de intervenção policial, possibilita uma seleção social diferenciadora entre usuários e traficantes. O critério diferenciador não está na quantidade da droga apreendida ou em questões técnicas; está na condição social do indivíduo a ser analisado, embutida no conceito de circunstâncias.” (GUILHERME, Vera. *Quem tem medo do lobo mau? A descriminalização do tráfico de drogas no Brasil – por uma abordagem abolicionista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. pp. 18-19).

<sup>15</sup> Mas qual é o impacto dessa legislação na sociedade e no sistema penitenciário? O recrudescimento na punição do crime de tráfico de drogas, advindo com as mudanças da lei 11.343/2006, agravaram ainda mais a péssima situação carcerária do país, em que o tráfico de drogas representa a segunda modalidade delitiva de maior incidência nas prisões, só perdendo para os crimes patrimoniais. Ou seja, um em cada quatro prisioneiros, no Brasil, respondem por tráfico, sendo que entre as mulheres encarceradas essa proporção é de uma em cada duas. Fora os custos de se manter todo o sistema (calculados em aproximadamente R\$ 1.800,00 a R\$ 3.300,00). Portanto, como assevera Vera Guilherme “a política de criminalização do tráfico de drogas consideradas ilícitas não está atendendo a seus objetivos – embora as taxas de encarceramento cresçam significativamente, as penas sejam mais severas e os critérios caracterizadores do tráfico sejam mais amplos, o tráfico de drogas permanece.” (GUILHERME, Vera. *Quem tem medo do lobo mau? A descriminalização do tráfico de drogas no Brasil – por uma abordagem abolicionista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 15).

<sup>16</sup> Para exemplificar melhor essa questão, analisemos o discurso proibicionista que apoia a criminalização das drogas por se tratar de um problema de “saúde pública”. Com o devido respeito àqueles que defendem tal postura, trata-se sim de hipocrisia. Ora, a criminalização impede um controle de qualidade das substâncias

na repressão à produção e ao tráfico bem como na criminalização do consumo. Essa estratégia defende que o problema das drogas se resolve através do rigor da lei e do sistema penal (desde prisões aos usuários/dependentes até a pena de morte aos traficantes). Parte do pressuposto que o consumo de drogas é um mal que deve ser arrancado pela raiz, no sentido de que o combate às drogas deve ocorrer com forte atividade repressiva junto aos produtores e fornecedores, além da proibição do uso (o usuário – eventual ou recreativo – financia o tráfico).

Impõe-se, entretanto, uma importantíssima indagação: a incriminação do usuário e a conseqüente repressão ao mesmo reduziram o consumo? Não. É sabido que o consumo não se vê reduzido com a atuação repressiva, a lei penal tem pouca ou nenhuma eficácia intimidativa sobre si e, mais grave, tem um efeito marginalizador e estigmatizante catastrófico. O indivíduo que pretende se utilizar das mesmas fará isto, existindo lei que proíba a conduta ou não, seja autoriza pelo Estado ou não. De igual forma o tráfico permanecerá vivo, independentemente de legislação tipificar tal atitude. A proibição não inibe a grande maioria dos indivíduos: tanto para quem utiliza como para quem comercializa essa proibição não surte os efeitos pretendidos. Ainda que nestes tempos de medo e insegurança, de pânico e criminalidade, vender o sistema penal (incriminar e punir severamente) proporciona à sociedade uma *falsa* ilusão de segurança, proteção e tranquilidade (função simbólica do direito penal), fazendo deste instrumento, na realidade, estimulante de situações delitivas e criadores de maiores e graves problemas.

Há muito já se afirmou que este modelo, adotado há décadas, não trouxe os efeitos esperados, mostrando-se caro e ineficiente. O proibicionismo acarreta mais problemas (aos usuários e a sociedade) que soluções e pode ser resumida da seguinte forma: a oferta de drogas

---

entregues ao consumo, impõe obstáculos a seu uso medicinal, dificulta a informação e a assistência dos dependentes, cria a necessidade de aproveitamento de circunstâncias que permitam um consumo que não seja descoberto, descuidado e anti-higiênico, propagador de doenças como o HIV e a hepatite (KARAM, Maria Lúcia. A Lei 11.343/2006 e os Repetidos Danos do Proibicionismo. Boletim IBCCRIM, nº 167, Outubro de 2006, pp. 6-7). Ou seja, se a intenção com a proibição dessas substâncias é a saúde pública, verifica-se justamente o contrário, pois essa produção clandestina não obedece critérios mínimos de qualidade, higiene e armazenamento. Em quase um século de proibição não se conseguiu “proteger” a saúde dos usuários, pelo contrário, esses se agravaram.



não foi reduzida, o consumo aumentou, a situação da saúde pública agravou-se, houve o aumento da violência e da criminalidade, o sistema prisional está superlotado, aumentou a corrupção, os grandes traficantes continuam soltos, os lucros nunca foram tão altos, a circulação de dinheiro sujo não diminuiu, novas drogas estão disponíveis no mercado, as drogas naturais foram geneticamente modificadas e estão cada vez mais potentes.<sup>17</sup> Nos países em desenvolvimento, em especial no Brasil, os efeitos perversos dessa *política criminal com derramamento de sangue* são ainda mais visíveis: as prisões estão cheias de dependentes de drogas que se transformam em criminosos para sustentar seu vício e a violência na resolução dos conflitos ligados ao tráfico é generalizada.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> BULCÃO, Allan Valêncio. Descriminalização das drogas. IBCCRIM, publicado em 29 de junho de 2009. Disponível em: <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)>. Acesso em: 10/05/2016; MARONNA, Cristiano Avila. Política de drogas, cultura do controle e propostas alternativas. IBCCRIM, notícias, publicado em 22 de abril de 2009. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/grupo\\_trabalho\\_politica\\_nacional](https://www.ibccrim.org.br/grupo_trabalho_politica_nacional)>. Acesso em: 29/06/2016.

<sup>18</sup> Na ótica dos países em desenvolvimento em geral, e especialmente no Brasil os impactos sociais são muito graves, podendo ser elencados da seguinte forma: *Na saúde pública*: i) ausência de controle e adulteração das substâncias consumidas o que gera riscos graves à saúde dos consumidores; ii) o alto nível de contágio do vírus HIV e outras doenças entre usuários de drogas injetáveis na marginalidade; iii) a dificuldade de implementação de políticas de redução de danos aos dependentes inseridos na ilegalidade e oposição do proibicionismo aos modelos mais atuais de ajuda ao viciado; iv) o contínuo enfrentamento do sistema penal pelos adictos que fazem uso das substâncias, mesmo à margem da lei; v) aumento no número de mortes em decorrência das disputas e da repressão ao tráfico de drogas; *No sistema jurídico-constitucional* citam-se: vi) o reforço excessivo do sistema policial em detrimento do sistema judicial; vii) a utilização de meios penais e processuais extraordinários, violadores de princípios e garantias constitucionais; viii) as medidas de exceção destinadas ao grande tráfico são aplicadas aos pequenos e médios traficante-viciados, que lotam as penitenciárias; ix) desumanização das penas e do sistema penitenciário; x) superlotação carcerária; *Na ótica sócio-econômica* podem ser ainda adicionados: xi) aumento da vigilância, controle e violência imposta aos mais desfavorecidos, que são suspeitos de tráfico, até prova em contrário, o que leva à discriminação; xii) favorecimento do envolvimento de jovens com o crime, desagregação familiar; xiii) incremento do tráfico de armas; xiv) incremento das possibilidades de lavagem de dinheiro; xv) a alta dos preços derivada da ilegalidade torna cada vez mais poderosas as organizações de traficantes; xvi) aumento da corrupção nos poderes públicos e na polícia, em especial nos países em desenvolvimento; xvii) aumento da violência e do número de homicídios nos grandes centros urbanos (MARONNA, Cristiano Avila. Política de drogas, cultura do controle e propostas alternativas. IBCCRIM,

O papel econômico exercido pelo comércio das drogas também é um ponto que deva ser analisado. A resistência que existe para manutenção da proibição dessas substâncias possui fundamentalmente um caráter econômico – fortunas se constroem a sombra da proibição. O comércio de drogas é um mercado extremamente lucrativo, que garante às organizações, cartéis e máfias lucros exorbitantes. É difícil precisar a dimensão econômica que tal comércio gera, porém estima-se, segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), que o tráfico movimenta em torno de 600 milhões de dólares/ano no mundo (para comparar, a indústria farmacêutica global fatura 300 bilhões; a do tabaco, 204 bilhões; a do álcool, 252 bilhões). O irônico é que a própria proibição sustenta esse mercado, graças a famosa lei de mercado ‘quanto maior o risco, maior o lucro’. Acrescenta-se, ainda, que a criminalização favorece a circulação de capital ilícito, pois o enriquecimento dos traficantes gera a necessidade da lavagem de dinheiro oriundo do comércio ilícito de entorpecentes, que contamina o sistema bancário e gera corrupção e financiamento de campanhas eleitorais, além da venda de armamentos que alimentam essa guerra civil e conseqüentemente aumento da violência – que destrói aqueles que constituem a grande maioria das pessoas que direta ou indiretamente estão ligadas ao tráfico.<sup>19</sup> E apesar das apreensões realizadas (em torno de 8%), a quantidade de drogas existente é infinitamente superior: elas nunca foram tão abundantes, baratas e acessíveis. O consumo é espalhado pelo mundo todo.

notícias, publicado em 22 de abril de 2009. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/grupo\\_trabalho\\_politica\\_nacional](https://www.ibccrim.org.br/grupo_trabalho_politica_nacional)>. Acesso em: 29/06/2016).

<sup>19</sup> LABROUSSE, Alain. For The Antiprohibitionist Reform Of The Un Conventions On Drugs”. Disponível em: <<http://www.radicalparty.org/en/content/antiprohibitionist-reform-un-conventions-drugs>>. Acesso em: 02/07/2016; Thiago Rodrigues (2007, p. 266) explica que a proibição da droga interessa a muita gente, alguns faturam muito com o mercado ilícito de drogas, como a indústria farmacêutica (que evita a concorrência das drogas ilegais com seus narcóticos e euforizantes patenteados), a indústria bélica (que também ganha muito com a proibição), além do sistema financeiro internacional (que depende de bilhões de dólares provenientes do negócio ilegal – com parceria no tráfico de armas) e a “indústria do controle do crime”, que vende seus sistemas de segurança e vigilância, cercas elétricas, etc. (Citado por JACINTO, Gabriela, MANGRICH, Cláudia e BARBOSA, Mario Davi. “Esse é meu serviço, eu sei que é proibido: Mulheres aprisionadas por tráfico de drogas”. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 02/07/2016).

Mas, há outro aspecto importante ainda mais grave: a grande maioria das prisões efetuadas ocorre com “pequenos traficantes”.<sup>20</sup> É a população mais carente, provenientes de classes desfavorecidas e miseráveis, que excluídas do mercado de trabalho formal, passam a sobreviver do e com o tráfico de drogas como um meio de sobrevivência e trabalho.<sup>21</sup> Além disso, principalmente jovens, veem que a única forma de ascensão social se dá através do tráfico. Para estes, o poder está associado à arma e à droga, posto que, somente assim, conseguem “sucesso” e “respeito” dos seus semelhantes. Assim, é quase exclusivamente sobre estes “traficantes de pouca importância”, que recai o sistema penal – esses são presas fáceis da seleção do sistema punitivo.<sup>22</sup> E quando presos ou eliminados, são facilmente substituíveis

<sup>20</sup> Ainda, em pesquisa realizada recentemente, com o financiamento do Ministério da Justiça, sobre a aplicação da lei brasileira pelo Judiciário, foi identificado que a maioria dos condenados por tráfico ilícito de drogas (art. 33) na Justiça Criminal do Rio de Janeiro e de Brasília é de réus primários, presos sozinhos, com quantidade de drogas relativamente pequena, sem o uso de arma, que comercializavam maconha e cocaína (drogas prevalentes) em locais já conhecidos pela polícia, pois não há investigação prévia, mas flagrantes em comunidades carentes. Dessa forma, constatou-se que o tráfico de drogas não é contido pela polícia, ao mesmo tempo em que as penitenciárias estão cheias de pequenos traficantes (BOITEUX, Luciana; WIECKO, Ela; BATISTA, Vanessa; PRADO, Geraldo (Coords.). *Tráfico de Drogas e Constituição*. Brasília. Ministério da Justiça, 2009).

<sup>21</sup> A guerra as drogas (*war on drugs*) leva incriminação da miséria (criminalização da pobreza) e o encarceramento em massa de acusados e condenados por tráfico de drogas (que hoje representam 20% dos homens e mulheres encarceradas). Isto porque, conforme verificado, dependendo da classe social, ou da renda do suspeito, ele será identificado como traficante (se não tiver renda para sustentar o seu vício) ou usuário (se tiver renda e não precisar traficar para ter acesso à droga). *Coube à UNB, em parceria com a UFRJ, por meio de especialistas, verificar quem, como e quando era processado por tráfico de drogas. A constatação final foi a seguinte: (i) pobres eram mais condenados do que ricos e suas penas eram mais altas; (ii) negros estavam mais representados do que brancos no cometimento de crimes de tráfico pelo principal fato de serem negros; (iii) a discriminação social era permanente na esfera da Justiça desses Estados (algo que ocorre em todo o Brasil). Quem era pobre/negro era visto como traficante. Quem era branco de classe média era visto como usuário. Assim a rotulação individual acabava produzindo criminosos, conforme as representações sociais assim o determinassem. Traficantes não eram traficantes, mas aqueles que pareciam traficantes* (Cf. MARONNA, Cristiano Avila. IBCCRIM, drogas e democracia. **Boletim IBCCRIM, ano 20, edição especial 20 anos, agosto de 2012, p. 8**).

<sup>22</sup> O Poder Judiciário (assim como as demais agências do sistema penal), ao contrário do propalado em outros domínios, é particularmente severo, rápido e eficiente na repressão às drogas. Aqui, não há crise do Judiciário, nem impunidade, nem falta de verbas para a Polícia. Nos grandes centros urbanos, mais da metade

por outros igualmente desejos de oportunidade de emprego ou de poder, oportunidades que, por maior que seja a repressão, subsistirão enquanto presentes as circunstâncias socioeconômicas favorecedoras da demanda criadora e incentivadora do mercado.

Neste modelo, o aparato repressivo continua sendo mirado para o consumidor de drogas (usuário/dependente). O uso e o porte de drogas, mesmo que não seja punido com pena de prisão, como é o caso brasileiro, ainda é considerado crime.<sup>23</sup> Assim, como são postas à margem da legalidade (consumidor taxado como criminoso), acabam por ser vítimas de estigmatização e marginalização. E o consumidor continua sofrendo punição em razão da sua atitude “negativa” perante os olhos do Estado e da Sociedade, o que acaba por dificultar o acesso no momento em que procura ajuda e tratamento. É dizer, a manutenção no ordenamento jurídico-penal dessa figura típica impõe óbice à política preventiva e de redução de danos eficazes. Além disso, a proibição da droga conduz a um aumento considerável da criminalidade, pois a dependência de alguns consumidores aliado aos preços elevados, os levam, frequentemente, a se empregar no tráfico ou a adotar a prática de outros comportamentos ilícitos (v.g. roubo,

dos esforços policiais estão, de alguma forma, ligados à repressão às drogas. Um inquérito policial por tráfico de drogas termina em poucos dias, o suspeito permanecerá preso durante toda a persecução penal, o processo terá tramitação extremamente célere e as sentenças apresentarão altos índices de condenação a penas extremamente severas, sem direito a qualquer benefício durante seu cumprimento. Parece que o obscurantismo noticiado estimula os operadores do Direito Penal a trabalharem com mais afincamento e eficiência em processos sobre drogas. Em segundo lugar, nenhum crime se presta melhor para: “mostrar serviço”, engordar estatísticas criminais, simular um flagrante, discriminar certos grupos sociais e desestabilizar desafetos políticos ou pessoais. O “envolvimento” com drogas despersonaliza e desmoraliza, seja no discurso policial, parlamentar ou da imprensa (VASCONCELOS, Carlos Eduardo. Possibilidades de um tratamento mais humano e solidário do problema das drogas. *Boletim IBCCRIM*, n.º 145, dezembro de 2004, p. 10-11).

<sup>23</sup> Sobre a questão do usuário e as normas repressoras, Alberto Zacharias Toron menciona o seguinte: “Dizer que uso de drogas não é punido soa, quando menos, estranho porque todas as condutas que possibilitam esta prática (adquirir, guardar ou trazer consigo) são incriminadas. Com efeito, se o usuário para consumir o entorpecente deve, em algum momento, detê-lo e essa posse constitui crime, é evidente que o uso, ainda que por via oblíqua, é punido. Afirmar o contrário é sofismar.” (TORON, Alberto Zacharias. A proteção constitucional da intimidade e o art. 16 da Lei de Tóxicos. In: BUSTAMENTE, Ricardo Silva de e TUBESNCHLAK, James (coord.). Livro de Estudos Jurídicos. Rio de Janeiro, IEJ, 1993, n.º 3, pp. 33-54).

extorsão, prostituição) para obter a droga e sustentar o seu vício e satisfazer suas necessidades, colocando assim em risco a sociedade.<sup>24</sup>

Nesse sentido, exalta Ferrajoli, “ser ilegítima a incriminação do uso de entorpecente, pois além de não ofender nem à sociedade nem a quem quer que *seja*, não tem eficácia dissuasória, apenas provocando a marginalização do usuário”.<sup>25</sup> Numa palavra, a lei penal, além de não ser fator eficiente de prevenção, marginaliza e etiqueta. Com efeito, não é mais possível aceitar-se que um usuário/dependente seja tratado como criminoso.

Nessa linha e sob o ponto de vista jurídico-penal, surge a problemática acerca da legitimidade de se incriminar a conduta da causar dano a própria saúde. Para que uma conduta possa ser considerada relevante para o direito penal, deve ela ofender um bem jurídico externo a própria pessoa que a prática (ofenda um bem jurídico alheio), ou seja, deve lesionar/ofender direitos de outras pessoas (princípio da lesividade/ofensividade). No caso de posse de drogas para uso pessoal é conduta que, se situando na esfera individual, não atinge a saúde pública (terceiros), bem jurídico protegido pelo direito penal e que justificaria a incriminação, mas apenas, e quando muito, a saúde do próprio usuário/dependente (um ser racional, livre e capaz) – aliás,

<sup>24</sup> O proibicionismo é uma política irracional que exacerba os malefícios das drogas nos três eixos determinantes para seus efeitos. No que diz respeito aos efeitos específicos das substâncias, o proibicionismo produz um mercado negro que não é fiscalizado quanto à composição química das drogas que negocia (exemplo: composição de THC *versus* CBD na cannabis) e que favorece enormemente a adulteração das drogas com substâncias desconhecidas pelo usuário. No que diz respeito aos cérebros que recebem a ação das drogas, o proibicionismo inviabiliza uma política educacional de drogas baseada em evidências científicas, descredenciando o discurso protetor justamente entre os mais suscetíveis ao uso abusivo de drogas, isto é, os jovens. No que diz respeito ao contexto social do uso de drogas, o proibicionismo induz estados de temor e paranoia que potencializam efeitos psicologicamente danosos. **Por todas essas razões, a proibição absoluta do consumo de certas drogas é uma alternativa radical, ineficiente e perversa para proteger a população dos potenciais efeitos negativos do abuso dessas substâncias. Enquanto o mercado de drogas for monopolizado por agentes econômicos marginais, nenhum controle de qualidade pode ser exercido, nem é possível uma política racional de redução dos danos causados pelo uso de drogas** (RIBEIRO, Sidarta; MALCHER-LOPES, Renato; MENEZES, João R. L. Drogas e Neurociências. Boletim IBCCRIM, ano 20, edição especial, outubro de 2012, pp. 15-17).

<sup>25</sup> REALE JR., Miguel. *Instituições de Direito Penal*, t. I, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 25.

sob esse mesmo argumento não são reprimidos pelo direito penal o suicídio e a autolesão.<sup>26</sup>

Com efeito, numa sociedade democrática, como a brasileira, o Estado não possui nenhuma legitimidade para intervir nessas escolhas que não causem qualquer dano a terceiros (pois dizem respeito à autodeterminação individual). A opção de consumir ou não determinadas substâncias é de cada ser humano (livre-arbítrio). O Estado não deve ser valer, jamais, do sistema penal para incriminar comportamentos que não coloquem em risco outras pessoas (autolesivos), no caso, do uso e abuso de drogas lícitas ou ilícitas.<sup>27</sup> E a reprovação, pela maioria das pessoas, de uma opção de vida, não é suficiente para a sua criminalização. Portanto, ao criminalizar o porte para uso, o legislador teria violado valores constitucionalmente assegurados, notadamente a intimidade e a privacidade do indivíduo (art. 5.º, X, da CF/88).<sup>28</sup>

Com propriedade, Maria Lúcia Karam esclarece que:

A posse de drogas para uso pessoal é conduta que, se situando na esfera individual, não atinge a terceiros, assim se inserindo no campo da intimidade e da vida privada, em cujo âmbito é vedado ao Estado – e, portanto, ao Direito

<sup>26</sup> Recomendamos, neste sentido: ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de. Há fundamento jurídico-penal para a criminalização das drogas? *Justificando*, publicado em 13 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/08/13/ha-fundamento-juridico-penal-para-a-criminalizacao-das-drogas-/>>. Acesso em: 02/07/2016; ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica, pp. 132-155. In: BRAGA, Romulo Rhemo Palitot; GUERRA, Amparo Martínez. Encontro de Internacionalização do CONPEDI, Universidade Complutense de Madrid. Madrid: Ediciones Laborum, 2015. v. 10. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Vol.-10-Madrid.pdf>>. Acesso em: 05/07/2016; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Mesa de estudos e debates: Drogas e política criminal. Boletim IBCCRIM, n.º 130, setembro de 2003, pp. 13-14.

<sup>27</sup> EDITORIAL. Drogas: Guerra ou Paz? Boletim IBCCRIM, n.º 196, março de 2009, p. 1.

<sup>28</sup> Para aqueles que conseguem manter sob controle o risco de seus comportamentos potencialmente autolesivos, a criminalização é uma intervenção arbitrária do Estado na esfera de sua autonomia, nesse caso bem exercida; para aqueles que se descontrolam, a criminalização é um reforço adicional à lesão auto infligida, pelo estigma social e pela ação do aparato repressor estatal, e um poderoso contraestímulo à busca de ajuda (PRADO, Daniel Nicory do. De drogas e democracia. Boletim IBCCRIM, ed. especial drogas, ano 20, outubro de 2012, pp. 8-9).

– penetrar. Assim como não se pode criminalizar e punir – como, de fato, não se pune – a tentativa de suicídio e a autolesão, não se pode criminalizar e punir a posse de drogas para uso pessoal, que, menos danosa do que aquelas, pode encerrar, no máximo, um simples perigo de autolesão. Enquanto houver destinação pessoal, estar-se-á diante de uma conduta privada. E, a nocividade individual de uma tal conduta poderá ser uma boa razão para ponderações ou persuasões, mas nunca para que o supostamente prejudicado seja obrigado a deixar de praticá-la.<sup>29</sup>

Nesse sentido, aguarda-se com muita ansiedade, a retomada, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659, em que se discute a inconstitucionalidade do art. 28, *caput*, e § 1º, da Lei nº 11.343/06 (descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal), já que as condutas descritas no art. 28 dizem respeito à esfera privada de determinação de cada indivíduo, pelo que toda intervenção estatal se mostra atentatória ao direito fundamental à intimidade e privacidade e ao princípio da dignidade da pessoa humana, consectários do regime democrático de direito. Espera-se também que a partir daí possa se estabelecer limites quantitativos objetivos capazes de diferenciar o uso do tráfico de drogas, de modo a reduzir a elevada subjetividade (discricionariedade dos operadores do direito) que impulsiona o encarceramento – onde usuários são convertidos em traficantes. Isso significará não só o reforço do caráter democrático da Constituição Federal, e da valorização da liberdade da vida privada, mas também a redução do estigma social do usuário e dependente químico, que, com isso, terá mais estímulo para procurar ajuda nas redes públicas e privadas de atenção à saúde para deixar o ciclo autodestrutivo que os discursos criminalizantes sempre pretenderam evitar.

Sem embargo, sabemos que a meta de “consumo zero” ou “um mundo livre de drogas” é irreal e irrealizável. Nunca houve uma sociedade sem drogas, e provavelmente nunca haverá. Assim, em todo o

<sup>29</sup> KARAM, Maria Lúcia. Drogas: a irracionalidade da criminalização. Boletim IBCCRIM. São Paulo, nº 45, agosto de 1996, pp. 09-10; Ainda, Para Karam, a saúde pública se caracteriza por fatos que representam uma possibilidade exata de expansão do perigo, com potencialidade para atingir um número indeterminado de pessoas. Evidente, pois, que se a destinação da droga é para uso ou consumo próprio, não há como identificar ofensa à saúde pública (KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*. Rio de Janeiro: Luam Editora, 1993. pp. 125-126).

mundo, se discute qual o modelo adequado para uma política de drogas, ou seja, a principal questão é: proibir, descriminalizar ou legalizar?

Abrindo um parêntese, é importante esclarecer que a descriminalização não se confunde com a legalização das drogas. “A *descriminalização* é retirar (suprimir) de algumas condutas o caráter de criminosas. No caso das drogas, os tipos penais que abordam a questão seriam excluídos, e, portanto, usuários e/ou traficantes não sofreriam mais as consequências do sistema penal. Na prática, usuários e traficantes não poderiam mais sofrer qualquer condenação no âmbito penal. Contudo, tal fato não significa que a conduta será liberada pelo Estado ou que estariam lícitas sob o ponto de vista jurídico. Ela apenas deixe de ser crime, mas não impede a proibição em outras esferas do direito (civil ou administrativa). Já a *legalização* traz, além da exclusão dos tipos penais referentes às drogas (não criminalização de usuários e/ou traficantes), uma aprovação por parte do Estado. Isto é, a matéria passa a ser regulamentada: a produção, distribuição, comércio e consumo de tais substâncias passariam a ser legais (lícitas) sob o ponto jurídico, assim como o cigarro e a bebida alcoólica são atualmente. Descriminalizar, assim, é diferente de legalizar, pois o ato não deixa de ser contrário ao Direito; apenas não constitui um ilícito penal, podendo ser cominadas sanções civil ou administrativa.<sup>30</sup>

Sem dúvida, a proibição, que já foi discutida anteriormente, não está no caminho certo. Assim, é essencial que se busque alternativas que sejam mais eficientes, tolerantes, justas e humanas. Questiona-se: qual modelo seria adequado para substituir o proibicionismo? Qual a melhor estratégia?

A política global segue a rota de mudança de paradigma e recomenda profundas reformas na política mundial de drogas, buscando alternativas fora da pura e simples proibição. Em relação ao tráfico de drogas o consenso é de que deve continuar sendo crime (Europa e América). A polêmica gira em torno da posse para uso próprio.

A tendência é a não incriminação (descriminalização) do uso e do porte de pequenas quantidades de algumas drogas (legalmente definidas), modelo adotado, em maior ou menor grau, por diversos países.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> BULCÃO, Allan Valêncio. Descriminalização das drogas. IBCCRIM, publicado em 29 de junho de 2009. Disponível em: <www.ibccrim.org.br.>. Acesso em: 10/05/2016.

<sup>31</sup> Como inspiração, indica-se os exemplos de alguns países: na *Colômbia* carregar até 20 gramas de maconha e 1 grama de cocaína não é crime desde 1994 no país. A comercialização e o consumo em lugares públicos são proibidos; Em *Portugal*,

O continente europeu vem se destacando na implementação de estratégias alternativas ao proibicionismo, desde a despenalização da posse e do uso, prevista na ampla maioria dos países europeus, passando pela descriminalização levada a cabo por Portugal, Itália e Espanha, até a experiência holandesa que despenalizou, além da posse de drogas, o cultivo e o pequeno comércio de *cannabis*.<sup>32</sup>

---

desde 2000, a posse e o uso de drogas são proibidos (delito administrativo), mas a responsabilização do usuário deixou de ser criminal. A lei estabelece um limite de porte uniforme para qualquer droga, tendo sido definido em 10 doses diárias. Uma comissão avalia o usuário e a forma de sanção, que pode ser financeira (consumidores eventuais) ou preventiva (toxicodependentes); No *Equador*, desde 2013, quem carrega até 10 gramas de maconha ou 2 gramas de cocaína não comete crime. Heroína, ecstasy ou anfetaminas também têm quantidades fixadas pelo governo parte porte, entretanto, o cultivo, o tráfico e a venda são proibidos; No *Uruguai* não é crime consumir drogas. A lei permite o consumo de qualquer substância e não penaliza o porte para consumo. Com exceção da maconha, cuja quantidade máxima é de 40 gramas, o juiz determina a quantia que configura "consumo"; Na *Alemanha* o consumo de drogas não é crime. Entretanto, o cultivo, a produção e a venda são proibidos. Há punições para a posse também: quem ultrapassa o limite previsto na lei pode ser condenado a até cinco anos de prisão. Varia de estado para estado; De outra banda, indica-se os países proibicionistas: na *Argentina* há pena de prisão para toda posse de entorpecentes, de acordo com a Lei. Em 2009, a Suprema Corte disse ser inconstitucional punir uma pessoa adulta que consuma maconha sem por em risco terceiros. Mesmo assim, a política continua a deter os usuários; Na *Indonésia*, portar drogas pode render prisão de 4 a 12 anos, mais multa de quase US\$ 900 mil. Se a quantia exceder 1 quilo (caso da maconha) ou 5 gramas (drogas processadas, como a cocaína), pode haver prisão perpétua – há chances de pena de morte para o tráfico; No *EUA*, as sanções para quem vende ou porta drogas vão desde multas até anos de detenção. Varia de estado para estado: alguns consideram a posse de maconha como uma contravenção similar ao excesso de velocidade, outros aceitam o uso de maconha como remédio; No *Irã* as sanções para posse, consumo ou venda de drogas vão desde advertência a prisão e pena de morte. A dependência química é geralmente punida com prisão. Apesar disso, o governo procura uma forma médica de solucionar a questão, com centros de tratamento; Na *China* a posse, o consumo, a produção e a venda de drogas são considerados crimes. A pena mais comum é de 15 dias de prisão. O Estado obriga os dependentes químicos a tratamento e traficantes são punidos com prisão e até com pena de morte (Veja como funciona a punição por porte de drogas em 10 países. O Estado de São Paulo, geral, 13 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,veja-como-funciona-a-punicao-por-porte-de-drogas-em-10-paises-,1741336#>>. Acesso em: 02/07/2016).

<sup>32</sup> MARONNA, Cristiano Avila. Política de drogas, cultura do controle e propostas alternativas. IBCCRIM, notícias, publicado em 22 de abril de 2009. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/grupo\\_trabalho\\_politica\\_nacional](https://www.ibccrim.org.br/grupo_trabalho_politica_nacional)>. Acesso em: 29/06/2016.

Em relação a esse aspecto, Portugal, desde 2000, se preparou e vem fazendo um excelente trabalho. Cristiano Maronna explica que em 2000 juntou um comitê multidisciplinar de especialistas para pesquisar ideias pelo mundo de formas mais eficazes para lidar com os problemas ligados a drogas. Esse comitê redigiu um livro, com uma proposta de um novo sistema, fortemente centrado em proteger a saúde dos usuários de drogas (o tratamento só se dá caso haja anuência do interessado) e em economizar o dinheiro do contribuinte português. Uma das principais recomendações foi a de estruturar o sistema de saúde no país inteiro, com protocolos de atendimento muito modernos e grande participação da sociedade civil. O governo seguiu as recomendações dos especialistas à risca, apesar da gritaria na imprensa e nas tribunas do parlamento. Em 2001, o novo sistema português foi implantado e hoje o país gasta muito menos com cadeias e polícia e tem como investir fartamente em saúde e educação. No aniversário de 10 anos do sistema, notou-se um grande sucesso: o abuso de drogas diminuiu, o uso problemático caiu, o uso por menores de idade também, bem como diminuiu a lotação das cadeias e dos tribunais, a contaminação por HIV e hepatite C entre usuários de drogas despencou, a polícia ficou mais eficaz, mais pessoas procuram tratamento e este funciona melhor.<sup>33</sup> Segundo uma pesquisa publicada

---

<sup>33</sup> BURGIEMAN, Denis Russo. *A abolição da guerra contra as drogas no Brasil*. Boletim IBCCRIM, edição especial drogas, ano 20, outubro de 2012, pp. 12-13. Acrescenta ainda o autor: [...] Isso quer dizer que o Brasil não fez nada enquanto Portugal “se preparou”? Não exatamente. Houve sim muita atividade ao redor desse tema no país ao longo da última década. Por exemplo, as construtoras trabalharam muitíssimo, enquanto faziam do Brasil o país do mundo onde mais se constrói novos presídios. As fábricas de armas jamais pararam de comemorar recordes de lucros. As igrejas criaram lucrativos centros de tratamento de dependentes, a maioria deles sem nenhum embasamento científico, todos alimentados por gordas verbas públicas. As milícias ganharam poder e tornaram-se grandes financiadoras de eleições. E os traficantes estão envolvidos em muitos novos negócios, inclusive nas altas rodas de Brasília. Enfim, o Brasil também se preparou. Mas, assim como aconteceu nas décadas que antecederam a abolição da escravatura, nossa preparação não foi no sentido de pensar no bem da sociedade toda ou em estruturar o cuidado das populações mais necessitadas – foi no sentido de enriquecer alguns poucos setores. São esses setores que estão financiando políticos para evitar que o debate avance no Congresso Nacional.

em 2012 pelo *think tank release*<sup>34</sup>, 21 países já descriminalizaram as drogas, como fez Portugal.

Nesse sentido, considera-se que Portugal tem muito a ensinar ao Brasil e ao mundo, pois a descriminalização da posse de todas as drogas ilícitas para uso pessoal lá realizada, com limites objetivos de quantidade que o usuário possa portar, além de haver produzido resultados importantes com relação à prevenção, não levou ao aumento do consumo (o que era o seu maior temor), conforme pesquisas realizadas.<sup>35</sup> Assim, Portugal é, hoje, um excelente exemplo de melhor utilização de recursos públicos: em vez de se gastar com o sistema criminal, se investe em saúde e assistência aos usuários que desejarem.

Estas são estratégias de política criminal a serem observadas e analisadas, pois representam uma oposição moderada ao proibicionismo, ainda que mantendo suas características principais, especialmente com relação ao tráfico, objeto de extrema severidade, inclusive na Europa e América.

Assim, a tendência é uma política que afasta a questão das drogas do campo do sistema de justiça criminal (próprio do proibicionismo-punitivo) e aproxima de uma abordagem fundamentada na saúde pública e nos direitos humanos, por meio da prevenção, do tratamento voluntário e da redução de danos, bem como deve se reconhecer a liberdade individual daqueles que fazem uso não problemático de drogas ilícitas<sup>36</sup>, sem prejudicar os outros, mediante regulamentação do uso (idade mínima, quantidade diária, locais de uso, por exemplo), por ausência de lesividade e em respeito à regra da não punibilidade da autolesão.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> ROSMARIN, Ari e EASTWOOD, Niamh. A quiet revolution: drug decriminalisation policies in practice across the globe. pp. 30-32. Disponível em: <<http://www.bancodeinjusticas.org.br/wp-content/uploads/2012/08/release-quiet-revolution-drug-decriminalisation-policies.pdf>>. Acesso em: 02/07/2016.

<sup>35</sup> Sobre a política de drogas portuguesa, vide: HUGHES, Caitlin Elizabeth; STEVENS, Alex. *What can we learn from the portuguese decriminalization of illicit drugs?* *British Journal of Criminology*. Volume 50, Issue 6, November 2010, pp. 999-1022. First published online July 21, 2010. Seus autores concluíram que, contrariamente ao que se esperava, a descriminalização em Portugal não levou a um aumento do consumo de drogas, pois houve redução do uso problemático, de danos ligados à droga e da superlotação da Justiça Criminal.

<sup>36</sup> Entende-se por “uso ou consumo não problemático” o uso/consumo de drogas por maiores de idade, em locais privados, sem causar distúrbios à ordem pública, sem atingir interesses de terceiros e sem o envolvimento de menores.

<sup>37</sup> BOITEUX, Luciana Boiteux. Breves considerações sobre a política de drogas brasileira atual e as possibilidades de descriminalização. Boletim IBCCRIM,

Não há dúvidas que as drogas constituem um dos maiores flagelos da sociedade atual, que as drogas destroem seres humanos, principalmente jovens, além de arruinar famílias inteiras que convivem com este problema social. Que fique bem claro: drogas possuem esse nome justamente pelo fato de não serem saudáveis ao organismo humano e social! É incontestável, também, que o atual paradigma de guerra às drogas se esgotou. A pior postura é confiar que o Direito Penal possa resolver qualquer questão relacionada com as drogas. Renunciar à guerra representa o primeiro passo na direção da paz.

Nessa linha, até que se consiga implementar um modelo de controle de drogas fora do direito penal, podem ser sugeridas as seguintes medidas:

*Propostas de redução de danos:* 1) Reconhecimento dos direitos humanos dos usuários de drogas, aplicação e fortalecimento de medidas de redução de danos e campanhas informativas de prevenção; 2) Previsão legal e regulamentação de tratamentos de substituição, salas de consumo (*consumption rooms*), usos terapêuticos de psicotrópicos, dentre outros; 3) Oferecimento de tratamento voluntário de dependência de drogas na rede pública de saúde; *Propostas de Alteração da Lei de Drogas:* 1) Descriminalização do uso e da posse não problemáticos de pequenas quantidades de todas as substâncias hoje ilícitas, especialmente da *cannabis*; 2) Proposta de administrativização do controle de drogas, segundo o modelo português; 3) Determinação legal (ou administrativa) de quantidades máximas permitidas para a posse de cada uma das substâncias proibidas, levando em consideração a natureza da substância e sua potencialidade lesiva à saúde individual. Com efeito, a fim de reduzir a superpopulação carcerária, pode-se adotar as seguintes propostas: 1) *Classificação das substâncias em drogas “leves” e “pesadas”, e diferenciação das penas do delito de tráfico.* Deve-se estabelecer as diferenças de acordo com considerações técnicas e estudos sobre a danosidade do produto (drogas leves e pesadas). Também, para garantir um mínimo de proporcionalidade, há que se diferenciar a quantidade de droga apreendida e o efetivo grau de participação do acusado no comércio considerado ilícito,

ano. 18, nº 217, dezembro de 2010, p. 16; MARONNA, Cristiano Avila. Política de drogas, cultura do controle e propostas alternativas. IBCCRIM, notícias, publicado em 22 de abril de 2009. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/grupo\\_trabalho\\_politica\\_nacional](https://www.ibccrim.org.br/grupo_trabalho_politica_nacional)>. Acesso em: 29/06/2016.

para determinar a resposta penal nos delitos de tráfico de drogas. Os pequenos traficantes, poderiam ter uma escala penal reduzida. Da mesma forma, os traficantes dependentes, que deve ser tratado de forma mais branda, inclusive, devendo-se admitir, a substituição por penas alternativas, para evitar a marginalização deste tipo de usuário; 2) *Criação de um tipo privilegiado de tráfico para traficante que atua sem violência, como um tipo intermediário, com a expressa previsão de penas alternativas na forma geral prevista no Código penal.* É essencial que se faça a diferenciação entre aqueles que praticam o tráfico munidos de armamentos e os pequenos traficantes que atuam sem violência ou uso de armas, os quais devem receber uma pena mais branda, evitando-se seu encarceramento; 3) Previsão legal de penas alternativas para os delitos de tráfico, por medidas que incluam a presença em cursos de qualificação profissional, e a facilitação da busca por emprego, de forma a afastá-la do comércio ilícito.<sup>38</sup>

Sem embargo, indo além e apesar dos entendimentos contrários, entendemos que a descriminalização é o caminho para uma futura legalização das drogas.<sup>39</sup> Com a não incriminação, já se reduziria o

<sup>38</sup> MARONNA, Cristiano Avila. Política de drogas, cultura do controle e propostas alternativas. IBCCRIM, notícias, publicado em 22 de abril de 2009. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/grupo\\_trabalho\\_politica\\_nacional](https://www.ibccrim.org.br/grupo_trabalho_politica_nacional)>. Acesso em: 29/06/2016.

<sup>39</sup> Vera Guilherme, ao tratar da questão social da aplicação da Lei 11.343/2006, esclarece que ao descriminalizar o uso o problema não se resolve. Isso é uma falsa resposta. A pergunta que não quer calar, então, é: e de quem esses consumidores comprarão as drogas para sua utilização? Devido ao fato de o comércio das drogas tornadas ilícitas não estar descriminalizado, os usuários continuarão nas mãos dos mesmos traficantes habituais, permanecendo em uma situação de vulnerabilidade, por não saberem a procedência da droga a ser adquirida ou mesmo os ingredientes que dela fazem parte. No caso específico do Brasil, descriminalizar o usuário significa, na prática, retirar da esfera penal as classes média e alta que, tradicionalmente, vêm sendo considerados como sujeitos de uso, e não de tráfico de drogas tornadas ilícitas. Quanto aos fornecedores, permanecem na clandestinidade e na criminalidade. Descriminalizar apenas o usuário favorece o mercado ilícito, já que este consumidor descriminalizado deverá adquirir droga em alguma “boca” e não terá qualquer garantia quanto à qualidade do produto que vai consumir. No caso da descriminalização do usuário de forma isolada, há um direcionamento do consumidor para o fornecedor, sem qualquer garantia quanto ao produto (GUILHERME, Vera. *Quem tem medo do lobo mau? A descriminalização do tráfico de drogas no Brasil – por uma abordagem abolicionista.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. pp. 12-13, 114, 118).

número de indivíduos presos, conseqüentemente diminuição de gastos com os mesmos; o gasto com policiais e equipamentos seria revertido para reprimir crimes de maior relevância social; e essa verdadeira guerra entre policiais e traficantes perderia a razão de ser, resultando na substancial diminuição da violência, principalmente nas regiões periféricas; a corrupção que contribui para a manutenção do tráfico de drogas seria diminuída.<sup>40</sup>

Após esse período sem o proibicionismo, dependendo dos resultados obtidos<sup>41</sup>, poder-se-ia dar seqüência rumo à legalização das drogas – regulamentação do cultivo, produção, fabricação e comércio de drogas mediante o controle pelo Estado (leia-se: a legalização não incentiva o uso dessas substâncias, não quer dizer “todo mundo tem que usar”). Somente com a legalização haveria retorno econômico significativo para o Estado com a arrecadação de tributos decorrentes das empresas e indústrias de drogas; os indivíduos que atualmente “trabalham” em organizações criminosas poderiam ser empregados por essas empresas e indústrias; elimina-se a clandestinidade das operações comerciais das drogas tornadas ilícitas; existiria um controle de qualidade sobre as drogas produzidas e comercializadas, diminuindo os riscos e efeitos colaterais gerados pela falta de higiene na produção e armazenamento das mesmas; e, por fim, o poder econômico (lucro gerado pelo tráfico) dessas organizações criminosas diminuiria bastante, o que enfraqueceria seu poder lesivo de forma relevante.<sup>42</sup> Conforme a lição que se pode

<sup>40</sup> BULCÃO, Allan Valêncio. Descriminalização das drogas. IBCCRIM, publicado em 29 de junho de 2009. Disponível em: <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)>. Acesso em: 10/05/2016.

<sup>41</sup> Contudo, é importante mencionar que poderiam ocorrer conseqüências *negativas*, tais como: 1) Com a legalização das drogas o aumento no consumo, embora que de forma ocasional, fatalmente aumentaria. 2) O gasto com saúde pública, caso houvesse aumento de dependentes de drogas, sofreria considerável aumento. 3) Dependendo da substância utilizada, o desempenho no trabalho dos indivíduos poderia diminuir, bem como poderia ocorrer aumento no número de acidentes de trânsito. Cabe destacar que tais fatores negativos poderiam ocorrer também na hipótese de descriminalização (Cf. BULCÃO, Allan Valêncio. Descriminalização das drogas. IBCCRIM, publicado em 29 de junho de 2009. Disponível em: <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)>. Acesso em: 10/05/2016).

<sup>42</sup> Tese defendida por: BULCÃO, Allan Valêncio. Descriminalização das drogas. IBCCRIM, publicado em 29 de junho de 2009. Disponível em: <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)>. Acesso em: 10/05/2016; CABALLERO, Francis; BISOIU, Yann. *Droit de la drogue.* Paris: Dalloz, 2000; CHRISTIE, Nils. *Reflections on drugs.* Disponível em: <<http://www.drugtext.org/library/articles/christie1>>.

extrair da Lei Seca (*Volstead Act*), que proibiu o álcool nos EUA entre 1919 e 1933, somente será possível encontrar uma solução racional e eficaz fora da proibição.<sup>43</sup> É melhor, mais eficiente e razoável tentar controlar e prevenir do que proibir e reprimir.

No caso pátrio, a curto prazo, qual o rumo mais acertado a ser tomado pelo legislador brasileiro? A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal (v.g. cannabis, droga ilícita mais consumida do mundo), em consonância com o direito comparado, já seria importante como primeiro passo. Além disso, é necessário incluir um patamar mínimo para diferenciar usuário e traficante, bem como alterar o tipo de tráfico de drogas (art. 33), a fim de fazer a necessária distinção entre grandes, médios e pequenos traficantes, de forma a reduzir o encarceramento desses últimos, mais vulneráveis à seletividade do sistema penal. Com isso abre-se a possibilidade de mudança de enfoque na política de drogas, de modo a torná-la menos injusto, desumana e irracional.<sup>44</sup>

---

html>. Acesso em: nov. 2009; Segundo Milton Friedman, recentemente falecido, “É imoral que os Estados Unidos proibam as chamadas drogas ilegais. Sou a favor da legalização de todas as drogas, não apenas da maconha. O atual estado das coisas é uma desgraça social e econômica. Veja o que acontece todos os anos neste país: colocamos milhares de jovens na prisão, jovens que deveriam estar se preparando para o seu futuro e não sendo afastados da sociedade. Além disso, matamos milhares de pessoas todos os anos na América Latina, principalmente na Colômbia, na tal 'Guerra contra as Drogas'. Nós proibimos o uso das drogas, mas não podemos garantir que elas sejam de fato consumidas. Isto só leva à corrupção, à violação dos direitos civis. Acho que o programa contra as drogas dos EUA é uma monstruosidade e ele é que devia ser eliminado” (Entrevista com Milton Friedman. “Legalize já (a maconha)”, diz Friedman, 92. *Jornal Folha de São Paulo*, 19 de junho de 2005, p. B12. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1906200517.htm>>. Acesso em: 04/07/2016.).

<sup>43</sup> A “Lei Seca” não obteve êxito em sua empreitada, pois o consumo perdurou, apesar da ilegalidade vigente à época. Mais que isso, gerou um terrível violência entre gangues que disputavam pontos de venda ou que matavam revendedores e consumidores “inadimplentes”, bem como houve uma enorme onda de corrupção na polícia e no judiciário (crime organizado). Isso levou a abolição da lei seca. Pergunto: quando acabou a lei seca norte-americana, os norte-americanos se embriagaram todos? Não, o alcoolismo não tomou conta dos EUA. Então, se a criminalização do álcool já se mostrou inadequada para a contenção do seu consumo, por que repetir-se o modelo para as substâncias que entorpecem ou causam dependência? Então que se legalize o consumo de outras drogas e abaixe o preço.

<sup>44</sup> Vera Guilherme esclarece que no Brasil o cenário não é muito promissor; pelo comportamento político do governo brasileiro, fica difícil imaginar, por oral,

Sem dúvida, por onde vamos, claramente, parece que não encontramos uma solução ideal. Mas se não podemos vencer o mal das drogas através de leis repressivas, tenhamos, ao menos, a coragem de admitir o fracasso delas e buscar alternativas inovadoras.<sup>45</sup>

Nessa linha e por fim, a legalização pode ser a melhor das opções (ou menos problemática), embora reconhecemos que há uma enorme resistência da população em relação a essa proposta ou mesmo de descriminalização. Mas muito embora se tenha consciência de eventuais dificuldades práticas de implementação de uma proposta como essa, longe de ser uma utopia, tem sim condições de ser pensada como uma política a ser aplicada a longo prazo, por diversas razões, mas especialmente pela sua visão pragmática, humana e coerente, que limita o direito penal a uma intervenção mínima.

## Referências

ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de. Há fundamento jurídico-penal para a criminalização das drogas? *Justificando*, publicado em 13 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/08/13/ha-fundamento-juridico-penal-para-a-criminalizacao-das-drogas/>>. Acesso em: 02/07/2016.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica, pp. 132-155. In: BRAGA, Romulo Rhemo Palitot; GUERRA, Amparo Martínez. *Encontro de Internacionalização do CONPEDI*, Universidade Complutense de Madrid. Madrid: Ediciones Laborum, 2015. v. 10. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Vol.-10-Madrid.pdf>>. Acesso em: 05/07/2016.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos Fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

---

qualquer ação abolicionista penal voltada ao tráfico as drogas tornadas ilícitas em seu interior – há um completo antagonismo entre as propostas repressivistas e punitivistas do governo brasileiro e as propostas libertárias. Nas diversas ocasiões em que o atual governo brasileiro pode assumir posições vanguardistas sobre a questão do tráfico de drogas, preferiu o caminho mais fácil: fingir não ver a situação e, momento depois, eliminar o debate (*Quem tem medo do lobo mau?* A descriminalização do tráfico de drogas no Brasil – por uma abordagem abolicionista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 123).

<sup>45</sup> BULCÃO, Allan Valêncio. Descriminalização das drogas. IBCCRIM, publicado em 29 de junho de 2009. Disponível em: <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)>. Acesso em: 10/05/2016.



BOITEUX, Luciana; WIECKO, Ela; BATISTA, Vanessa; PRADO, Geraldo (Coords.). *Tráfico de Drogas e Constituição*. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

BOITEUX, Luciana Boiteux. Breves considerações sobre a política de drogas brasileira atual e as possibilidades de descriminalização. *Boletim IBCCRIM*, ano 18, nº 217, dezembro de 2010, p. 16.

BRASILEIROS são mais dependentes em álcool, tabaco e maconha. *Antidrogas*. Disponível em: <<http://www.antidrogas.com.br/mostraartigo.php?c=214&msg=Brasileiros%20s%E3o%20mais%20dependentes%20em%20%E1lcool,%20tabaco%20e%20maconha>>. Acesso em: 02/07/2016.

BULCÃO, Allan Valêncio. Descriminalização das drogas. *IBCCRIM*, publicado em 29 de junho de 2009. Disponível em: <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)>. Acesso em: 10/05/2016.

BURGIEMAN, Denis Russo. *A abolição da guerra contra as drogas no Brasil*. *Boletim IBCCRIM*, edição especial drogas, ano 20, outubro de 2012, pp. 12-13.

CABALLERO, Francis; BISIYOU, Yann. *Droit de la drogue*. Paris: Dalloz, 2000.

CARVALHO, Thiago Fabres de. Drogas e catástrofe: a política criminal da guerra permanente no Brasil. *Boletim IBCCRIM*, nº 270, maio de 2015, pp. 16-17.

CHRISTIE, Nils. Reflections on drugs. Disponível em: <<http://www.drugtext.org/library/articles/christie1.html>>. Acesso em: novembro de 2009.

DÁVILA, SÉRGIO. Entrevista com Milton Friedman. “Legalize já (a maconha)”, diz Friedman, 92. *Jornal Folha de São Paulo*, publicado em 19 de junho de 2005, p. B12. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1906200517.htm>>. Acesso em: 04/07/2016.

VERGARA, Rodrigo. Drogas o que fazer a respeito. *Superinteressante*, edição 172, janeiro de 2002. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/drogas-o-que-fazer-a-respeito>>. Acesso em: 28/06/2016.

EDITORIAL. Drogas: Guerra ou Paz? *Boletim IBCCRIM*, nº 196, março 2009, p. 1.

FOUCAULT, Michel. “Michel Foucault, uma entrevista: sexo, poder e política”. Trad. de Wanderson Flor do Nascimento. Em *Verve*, São Paulo, Nu-Sol, v. 5, 2004, p. 265. Disponível em: <<http://www.nu-sol.org/verve/pdf/verve5.pdf>>. Acesso em: 04/07/2016.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Mesa de estudos e debates: Drogas e política criminal. *Boletim IBCCRIM*, nº 130, setembro de 2003, pp. 13-14.

GUILHERME, Vera. *Quem tem medo do lobo mau? A descriminalização do tráfico de drogas no Brasil – por uma abordagem abolicionista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

HART, Carl. *Um preço muito alto: a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre drogas*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

HUGHES, Caitlin Elizabeth; STEVENS, Alex. *What can we learn from the portuguese decriminalization of illicit drugs? British Journal of Criminology*, v. 50, Issue 6, November 2010, p. 999-1022. First published online July 21, 2010.

JACINTO, Gabriela, MANGRICH, Cláudia e BARBOSA, Mario Davi. “Esse é meu serviço, eu sei que é proibido: Mulheres aprisionadas por tráfico de drogas”. *IBCCRIM*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 02/07/2016.

KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*, Rio de Janeiro: Luam Editora, 1993

KARAM, Maria Lucia. Drogas: a irracionalidade da criminalização. *Boletim IBCCRIM*, nº 45, agosto de 1996, pp. 09-10.

KARAM, Maria Lúcia. A Lei 11.343/2006 e os Repetidos Danos do Proibicionismo. *Boletim IBCCRIM*, nº 167, Outubro de 2006, pp. 6-7.

LABROUSSE, Alain. *For The Antiprohibitionist Reform Of The Un Conventions On Drugs*. Disponível em: <<http://www.radicalparty.org/en/content/antiprohibitionist-reform-un-conventions-drugs>>. Acesso em: 02/07/2016.

MANUAL de prevenção do uso de drogas para mediadores. *Humanus – Associação Humanidades*. Disponível em: <[www.humanus.pt/download.php?id=13](http://www.humanus.pt/download.php?id=13)>. Acesso em: 02/07/2016.

MARONNA, Cristiano Avila. *IBCCRIM, drogas e democracia*. *Boletim IBCCRIM*, ano 20, edição especial 20 anos, agosto de 2012, p. 8.

MARONNA, Cristiano Avila; BOITEUX, Luciana. Mudança de rumos na política de drogas no Brasil. *Boletim IBCCRIM*, nº 265, dezembro de 2014, pp. 6-7.

MARONNA, Cristiano Avila. Política de drogas, cultura do controle e propostas alternativas. *IBCCRIM*, notícias, publicado em 22 de abril de 2009. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/grupo\\_trabalho\\_politica\\_nacional](https://www.ibccrim.org.br/grupo_trabalho_politica_nacional)>. Acesso em: 29/06/2016.

PASSETTI, Edson. Drogas: nem vícios nem virtudes. *Libertárias*, São Paulo, Imaginário, 1998, pp. 43-45. Disponível em: <<http://www.nu-sol.org/artigos/ArtigosView.php?id=4>>. Acesso em: 02/06/2016.

PRADO, Daniel Nicory do. De drogas e democracia. *Boletim IBCCRIM*, edição especial drogas, ano 20, outubro de 2012, pp. 8-9.

REALE JR., Miguel. *Instituições de Direito Penal*, t. I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RELATÓRIO mundial sobre drogas. UNODC. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/relatorio-mundial-sobre-drogas.html>>. Acesso em: 01/07/2016.

RIBEIRO, Sidarta; MALCHER-LOPES, Renato; MENEZES, João R. L. Drogas e Neurociências. *Boletim IBCCRIM*, edição especial drogas, ano 20, outubro de 2012, pp. 15/17.

ROSMARIN, Ari e EASTWOOD, Niamh. A quiet revolution: drug decriminalisation policies in practice across the globe, pp. 30-32. Disponível em: <<http://www.bancodeinjusticas.org.br/wp-content/uploads/2012/08/release-quiet-revolution-drug-decriminalisation-policies.pdf>>. Acesso em: 02/07/2016.

TORON, Alberto Zacharias. A proteção constitucional da intimidade e o art. 16 da Lei de Tóxicos. In: BUSTAMENTE, Ricardo Silva de e TUBESNCHLAK, James (coord.). *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro, IEJ, 1993, n° 3, pp. 33-54.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. Possibilidades de um tratamento mais humano e solidário do problema das drogas. *Boletim IBCCRIM*, n.° 145, dezembro de 2004, pp. 10-11.

Veja como funciona a punição por porte de drogas em 10 países. *O Estado de São Paulo*, geral, 13 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,veja-como-funciona-a-punicao-por-porte-de-drogas-em-10-paises-,1741336#>>. Acesso em: 02/07/2016.

WEDY, Miguel Tadesco. Eficiência, uso de drogas e análise econômica do direito. *Boletim IBCCRIM*, n.° 170, janeiro de 2007, pp. 9-10.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Drogas e violência. *IBCCRIM*, publicado em 04 de novembro de 2004. Disponível em: <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)>. Acesso em: 02/07/2016.

## Por um novo sistema para lidar com as drogas

17

Diego Augusto Bayer<sup>1</sup>  
Cidânia Aparecida Locatelli<sup>2</sup>  
Júlia Tasca<sup>3</sup>

### 1. Introdução

O tema das drogas está em bastante evidência. Há quem tenha plena convicção sobre esse assunto nos dois polos do debate: seja pelo proibicionismo extremo, seja pela legalização. Entretanto, por ser um tema bem complexo, demanda muita discussão já que envolve aspectos sociais, econômicos, políticos, médicos, históricos e morais.

Conceituando rapidamente, temos que droga<sup>4</sup> é uma denominação empregada pela farmacologia moderna, que pode ser definida como qualquer substância que, consumida ou administrada ao organismo, afeta os processos mentais como cognição ou sentimentos. A partir de tal premissa, é seguramente correta a assertiva de que todo

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Penal pela Universidad de Buenos Aires. Especialista em Direito Penal (Uniasselvi). Professor de Direito Penal e Criminologia do Centro Universitário Católica de Santa Catarina. Advogado Criminalista. Coordenador dos livros *Controvérsias Criminais: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia* (Volumes 01 e 02). Autor do livro *Julgamentos históricos: Casos que marcaram época e algumas mazelas do processo penal brasileiro*.

<sup>2</sup> Pós Graduada em Direito Empresarial pela UNOESC. Pós Graduada em Direito Trabalhista pela UNINTER. Professora Universitária de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Advogada. Autora de artigos jurídicos em revistas especializadas.

<sup>3</sup> Acadêmica do curso de graduação em Direito pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Jaraguá do Sul.

<sup>4</sup> Conceito extraído de: <http://www.antidrogas.com.br/oquedrogas.php>. Acesso em: 21 nov. 2015

ser humano consome, com alguma frequência e em algum momento de sua rotina, drogas.

O que se propõe com esse estudo é tratar acerca da legalização das drogas hoje ilícitas, e não apenas da descriminalização do usuário. Aqui, não se busca a alteração de uma lei, mas a mudança de todo um sistema de políticas que envolvem as drogas. E veja, há uma grande diferença entre essas duas ideias.

O principal enfoque desse artigo é tratar sobre a legalização da produção e comercialização da Maconha, e a alteração de um sistema político de drogas, onde essas passariam a ser tratadas como pauta do Ministério de Saúde, e não mais como problemática de Segurança Pública.

As políticas públicas mais centradas na repressão jurídico-criminal ao uso e comércio de drogas pressupõem que com esse procedimento seria possível constranger, possíveis usuários, usuários efetivos e comerciantes de drogas. Tanto pelo temor ao encarceramento quanto pela possível restrição do acesso à droga, o Poder Público seria capaz de controlar o fenômeno. Essa assertiva, entretanto, já se provou ineficaz. (MORAIS, 2005, p. 83)

Basicamente, trabalhar pela legalização das drogas implica em mudar todo um sistema de pensamento social. Visa mudar a ideia que a sociedade faz daqueles que se utilizam de determinadas substâncias consideradas ilícitas e reduzir o preconceito ideológico. Trabalhar pela legalização das drogas é mudar a forma de pensamento em relação a determinadas escolhas pessoais, garantindo a todos o direito à liberdade constitucionalmente previsto e basilar em nosso ordenamento jurídico. Com isso não quero dizer que as drogas são boas e vítimas dessa guerra insensata. Sabemos que muitas delas trazem malefícios a saúde do indivíduo, e afetam o convívio social do mesmo. A intenção daqueles ao proibir era boa, não se nega isso. O grande problema é que a iniciativa tomada não apresentou os resultados pretendidos; o sistema criado para lidar com as drogas já se provou ineficaz e contraprodutivo.

Portanto, a fim de que haja uma alteração significativa nos problemas sociais relacionados à drogas, devemos mudar a atual conjuntura política, afim de que não seja mais tipificada a conduta não somente daquele que usa, mas também promovendo uma alteração na forma

de lidar com quem produz, ou comercialize “drogas”, alterando as premissas que desenvolveram o sistema atual, trabalhando com as drogas não mais como algo que mereça ser combatido freneticamente, mas promovendo àqueles que necessitem um sistema de saúde que envolva todo o tratamento e cuidado com o indivíduo.

Partindo desse pressuposto, a legalização das drogas produzirá mudanças na ordem econômica atual, acabando com a necessidade da venda dessas substâncias por um comércio que se encontra à margem do mercado, não participando ou contribuindo socialmente com o dinheiro que arrecada. Procura-se, com isso, a extinção dessa organização que se formou extremamente poderosa de comércio de drogas ilícitas. Ou seja, visando acabar com essa economia à parte.

Um sistema que propõe a legalização das drogas, pressupõe que o Estado deverá regulamentar sua produção, distribuição, venda e utilização. Pressupõe normatizar todas as etapas que envolvem o efetivo consumo dessas substâncias, mas sem ser na esfera criminal, respeitando o princípio de Direito Penal que trata acerca da intervenção mínima.

Como se vê, não se trata apenas de mudar uma lei específica, de não criminalizar o usuário – pois apesar de não ter pena, ainda é crime o uso de drogas. Pois, descriminalizar o usuário é afirmar que aquele que usa da substância não sofrerá sanções penais. Ótimo, nada mais justo. Logo nessa etapa já estamos conscientizando a população que é necessário respeitar o direito que o indivíduo tem de fazer suas próprias escolhas. Já estamos provando que a interferência do direito penal não pode atingir esse aspecto do livre arbítrio<sup>5</sup> do indivíduo. Que ele não alcança a esfera de direitos de liberdade pessoal, sobre essa matéria. Não criminalizar o usuário implica apenas nisso. Ignora-se que esse usuário está lidando com um sistema, e que esse sistema é o verdadeiro problema. Não é que o foco esteja errado: descriminalizar o usuário é um excelente começo, mas não é nem de perto o suficiente. Deve-se buscar a legitimação dessa alternativa pessoal.

Dizendo isso, não quero banalizar o uso das drogas. De forma alguma. Outra razão aqui por que é tão importante a legalização e regulamentação. É imprescindível realizar, nesta etapa, os estudos sociais com o desenvolvimento de um sistema de conscientização social

<sup>5</sup> Possibilidade de decidir e escolher em função da própria vontade, isenta de qualquer condicionamento, motivo ou causa determinante.

eficaz. Uma conscientização real, que terá por trás uma ampla base de pesquisas científicas, sob os impactos da utilização da droga, sobre os riscos reais que ela traz à saúde e os efeitos dela no organismo e mente do indivíduo. Legalizando as drogas, você regulamentará a produção delas industrialmente falando – e, nesse caso, acho importante ressaltar a ideia do sistema de cooperativas<sup>6</sup>, utilizado em muitos países que já possuem uma regulamentação no caso da maconha. Deve-se permitir a exploração legal de sua produção e comercialização.

Além do aspecto econômico, você permitirá que a indústria farmacêutica tenha liberdade em se utilizar dessas substâncias para pesquisas científicas produzindo cada vez mais conhecimentos sobre as mesmas. Algumas delas, como a maconha por exemplo, já possuem diversos estudos que tendem a apontá-la como remédio eficaz no combate e prevenção de diversas doenças.

Busca-se a construção de um novo sistema que implicará na taxação legal, desde a produção da substância, até a venda direta ao consumidor, criando uma base que será capaz de financiar o redirecionamento de gastos que o Estado terá com essa nova política pública, permitindo que se invista em políticas de saúde para lidar com o usuário. Além disso, deve-se prever que o que hoje é investido em segurança, seja parcialmente redirecionado para a área da saúde.

Aqui devo fazer outra ressalva. Quando digo em redirecionamento do dinheiro investido em segurança para investir em saúde pública, já estou considerando que se consigo fazer com que o indivíduo possa adquirir legalmente o que ele quer comprar, essa ideologia do medo, que mantém funcionando à guerra as drogas, muito mais que compreensível na atual conjuntura, não terá razão para existir.

Veja, devo pensar em um sistema capaz de tirar o produto das mãos dos traficantes que se utilizaram da vantagem de mercado, chamada “oferta e procura”.

Economistas pensam assim: não há bem ou mal. O que há são pessoas com bons e maus instintos, que respondem a incentivos que lhes são oferecidos no ambiente. Por exemplo: imagine que, na esquina da Avenida Paulista com a Rua da Consolação, em São Paulo, uma barraquinha no meio da rua contém várias pilhas de notas de cem reais, amontoadas até o teto. A quantidade de dinheiro é incontável, é

<sup>6</sup> BURGIERMAN, 2011, p. 129 – 169.

impossível descobrir se alguém pegou algo, e ninguém está vigiando. Na porta da barraca, uma plaquinha: “Por favor, não pegue o dinheiro, propriedade particular.” Você talvez não pegasse uma nota sequer, já que preza pelos bons costumes e tem o caráter reto que a sociedade espera de você. Mas convenhamos: alguém ia pegar. Os economistas não tiram nenhuma lição de moral dessa história, eles apenas pensam: “Precisamos bolar um sistema melhor, que não dê tantos incentivos para as pessoas pegarem o dinheiro”. (BURGIERMAN, 2011, p. 32-33)

Vendo que ninguém estava produzindo, ninguém estava oferecendo aquilo que se queria tanto comprar, algumas pessoas resolveram tomar para si o produto. Ora, é ilegal, não se pode fazer, não se pode vender e, ainda assim, a cada ano só aumenta o número de usuários de drogas. Se tem alguém comprando: alguém está vendendo.

Acontece que, no nosso sistema atual, por ser proibido comercializar as substâncias ditas ilegais, essa venda não é feita dentro dos ditames de bons costumes, ou dos deveres e garantias previstos em nosso Código Civil e legislação comercial. Essa venda está concentrada na mão dos “traficantes”.

Veja bem, Pablo Escobar era um ladrãozinho de carros em Medellín, com gosto por violência e mente cruel. Para Burgierman (2011, p. 33) “num sistema bom, que dê incentivos corretos, um sujeito como ele costuma morrer pobre”. Mas num sistema como o nosso, ele ficou bilionário, comprava o que ou quem quisesse.

E indo além, apesar dos riscos de se envolver com a venda dessas substâncias, o lucro é também muito alto. Há sempre alguém disposto a correr esse risco. E na nossa sociedade, dinheiro é poder. Assim, quando algo aparece para ameaçar esse império, você não economiza para manter a fonte do dinheiro.

Há violência demais. E quando há violência demais, a polícia é obrigada a agir mais severamente, perpetuando esse ciclo de violência. O problema é que há muito dinheiro envolvido para financiar essa guerra, e ela não irá acabar. A guerra às drogas foi às ruas e ela atinge qualquer um que estiver passando no momento errado.

Perceba então porque legalizando a produção, comercialização e taxação do produto final, posso ser capaz de redirecionar uma parcela do dinheiro que invisto em segurança pública, para investir em saúde pública. Veja, não haverá palco de atuação para esses traficantes agirem.

Logo vê-se porque eles também tem interesse na proibição. Se eu posso adquirir meu produto legalmente, sem medo de ser abordado pela polícia ou sofrer sanções penais, sabendo a qualidade do produto adquirido, não haverá necessidade de utilizar desse comércio ilegal, o que conseqüentemente diminuirá progressivamente seus lucros, e com isso, seu poder.

Em razão disso, e buscando uma mudança de pensamento capaz de alterar todo um sistema complexo, um excelente ponto de partida seria com a legalização da Maconha. Veja, Burgierman (2011, p. 12) diz que dos 210 milhões de usuários de drogas ilícitas, 165 milhões consomem maconha, ou seja, 80% do total. Assim, o combate às drogas refere-se, em grande medida, ao combate à canábis, a planta da maconha. Para Vera Maria Guilherme (2013, p. 32) “Livrar a sociedade do tráfico de drogas é resgatar o papel do Estado enquanto garantidor do bem estar social, da ordem, da cidadania e da democracia”.

## 2. Por que a maconha?

A maconha é a droga mais usada no mundo.<sup>7</sup> Ela é ilegal. O tabagismo é a principal causa de mortes evitáveis em todo o mundo<sup>8</sup>, o mesmo cenário pode ser observado em relação ao álcool<sup>9</sup>; ambos são legais. Para critérios de comparação, a canábis causa menos danos mentais e menos dependência que os remédios psicoativos da indústria farmacêutica – antidepressivos, ansiolíticos, soníferos, anestésicos.

Maconha serve de remédio desde sempre. O primeiro tratado de ervas medicinais que se conhece, o *Pen Tsao*, concebido há 4.700 anos na China, já inclui referência destacada à canábis, e há registros de usos médicos em praticamente todas as civilizações antigas. Extrato de canábis era remédio na Índia desde a Antiguidade e, quando os ingleses chegaram lá, logo descobriram suas virtudes medicinais. Por isso, o Império Britânico exportava extrato de canábis, que era vendido em farmácias de todo o mundo, e provavelmente foi o anestésico mais usado contra dor de cabeça até o século XIX, quando a aspirina foi inventada. (BURGIERMAN, 2011, p. 67)

<sup>7</sup> Disponível em: <http://goo.gl/Ys9fRv>

<sup>8</sup> Disponível em <http://goo.gl/7XXIFC>

<sup>9</sup> Disponível em: <http://goo.gl/8TKWe1>

O critério que define se uma droga é legal ou não é bem obscuro. Não pode ser com relação à saúde, pois, como vimos, algumas drogas legais matam mais que algumas drogas ilegais. Também não é por razões econômicas, pois evidentemente as drogas ilegais movimentam muito dinheiro. Por que, então, algumas drogas são legalizadas e outras não?

O tratamento dado pela Anvisa à classificação das substâncias consideradas ilícitas é limitado, pois deveria a agência considerar outros fatores, além da composição física, para compreender os efeitos físicos, psíquicos ou sociais das drogas por ela tornadas ilícitas. Ao não considerar o estado psíquico do usuário e o contexto social em que acontece o uso da substância, a Anvisa não é capaz de estabelecer, de fato, a diferenciação entre as diferentes substâncias por ela listadas. (GUILHERME, 2013, p. 112)

O cientista e professor Carl Hart<sup>10</sup> afirma que essa questão não tem muita relação com a composição farmacológica ou efeitos biológicos das drogas. Para ele, o que é usado como critério são as implicações sociais; a quem ela se dirige. E durante muito tempo, a maconha foi vista como droga de pobre.

Por décadas, entre a proibição da maconha nos Estados Unidos, em 1937, e a convenção internacional de 1961, que tornava essa política global, a maconha foi uma droga ao mesmo tempo malvista e desconhecida pelas classes médias. Era uma substância que todo mundo achava perigosíssima, mas quase ninguém conhecia, a não ser em comunidades marginalizadas ou em países da Ásia, África e América Latina. (BURGIERMAN, 2011, p. 69)

Outro aspecto importante com relação a Maconha é o seu processo de desenvolvimento: a evolução. A canábis cresce onde se jogar semente, qualquer um pode plantar, e uma única planta pode fornecer maconha suficiente para uma pessoa durante um ano inteiro<sup>11</sup>. Por milênios, os remédios usados na medicina humana eram plantas, como a canábis/maconha.

<sup>10</sup> Disponível em: <http://goo.gl/r6ix8h>. Acesso em: 21 nov. 2015.

<sup>11</sup> BURGIERMAN, 2001, p. 67.

Não há outra planta medicinal ou droga recreativa que se compare a maconha, tanto em termos de seu alcance étnico-cultural quanto em termos da abrangência de sua ação biológica. A canábida sabe muito sobre a complexidade humana. (MALCHER-LOPES, RIBEIRO, 2007, p. 24)

Ainda, nesse sentido, Burgierman afirma que:

Na antiga medicina chinesa, a canábida era considerada como um tônico superior. Os chineses dividiram as ervas medicinais em três classes: inferior, média e superior. As inferiores curam doenças específicas, as médias alimentam a vitalidade e fortalecem as funções do corpo, e as superiores afetam todo o organismo, ajudando a estabelecer o equilíbrio e melhorar as defesas do corpo. (BURGIERMAN, 2011, p. 74)

Há muito mais o que ser dito e estudado sobre a maconha. Diversas pesquisas já realizadas, apresentam resultados interessantes sobre a utilização da maconha na medicina e seus efeitos positivos<sup>12</sup>. E há muito mais a ser descoberto ainda. E para que isso aconteça, muito necessita mudar no campo das ideias em relação à essa droga.

## 2.1. A maconha e a mudança de pensamento

Como já mencionado, uma discussão sobre a legalização de qualquer droga atualmente ilícita implica necessariamente em uma mudança de pensamento por parte da sociedade.

Quando teve início a guerra as drogas, não foi decidido apenas sanções judiciais para os que tinham contato com elas; foi realizado também uma massiva campanha publicitária<sup>13</sup> pró-proibicionismo. Foi identificado claramente que a droga era o grande vilão da sociedade.

Ao se tratar da maconha em particular, um dos grandes responsáveis por essa vilanização se chamava Aslinger, conhecido como “czar antidrogas dos Estados Unidos<sup>14</sup>”, que se utilizou do fato que a lei seca americana havia caído, e, visando garantir seu emprego<sup>15</sup>, escolheu

<sup>12</sup> Disponível em: <http://goo.gl/o5BA7u>. Acesso em: 21 nov. 2015

<sup>13</sup> Campanhas anti-maconha, veiculadas nos anos 1960 nos Estados Unidos da América. Disponível em: <https://goo.gl/LVQumf>. Acesso em: 21 nov. 2015.

<sup>14</sup> BURGIERMAN, 2011, p. 63.

<sup>15</sup> FBN – Escritório Federal de Narcóticos Americano.

outra substância capaz de manter a verba recebida para o combate do álcool; só que agora contra essa droga estranha: a *marijuana*.

Aslinger começou sua campanha de maneira certa: com a ajuda da imprensa. Ele levou o frankenstein para as redações dos jornais e passou a descolar reportagens sobre o novo mal que estava invadindo os Estados Unidos, a maconha: uma droga mortal, bem pior que heroína, que transformava homens em monstros, fazia meninas se matarem à primeira tragada ou, Deus nos livre, se entregarem aos caprichos de homens de cor. (BURGIERMAN, 2011, p. 64)

O sensacionalismo era sua arma, e ele a utilizava muito bem. O termo *marijuana* por exemplo, era pouco usado por aqueles que utilizavam a maconha, mas os jornais só se referiam à ela dessa forma. A ignorância da opinião pública em relação a maconha, não foi simplesmente um acaso oportuno, ela foi muito bem planejada. As pesquisas que envolviam os efeitos da maconha só eram permitidas para atestar os malefícios que ela poderia ocasionar.

Em 1975, o instituto de saúde do governo dos EUA, com aprovação do DEA, forneceu dinheiro à pesquisadores da Faculdade de Medicina de Virginia, perto de Washington, para que encontrassem evidências de que a maconha prejudica o sistema imunológico. Eles não acharam, mas sabe como são os cientistas, né? Ô, gente curiosa! Como já tinham a canábida no laboratório, por que não tentar descobrir mais coisas sobre aquela substância quase secreta, que ninguém podia estudar? Eles então a testaram em tumores de ratos – de pulmão, mama e leucemia. Surpresa: os tumores diminuíram. E uma coisa interessante: a droga atacou o tecido tumeroso mas não afetou o tecido saudável. (BURGIERMAN, 2011, p. 78)

Ou seja, o governo dos Estados Unidos tinha ciência de alguns possíveis benefícios que a droga poderia fazer, e, ao invés de autorizar cada vez mais pesquisas nesse sentido, ele decidiu que essas descobertas mandavam “a mensagem errada” e proibiram de vez qualquer estudo com a maconha.

Devemos nos lembrar, no entanto, o contexto que permeia o século XX e todo o jogo do proibicionismo e da política antidrogas. A instabilidade política e econômica, com a grande depressão; a necessidade da manutenção dos inimigos tanto externos – com

as guerras – e o interno – que deixa de ser o álcool para se tornar a maconha, trazida também por um inimigo exterior: o imigrante latino. Essa afirmação não apenas permite que você vilanize a droga, como também legitima a xenofobia norte americana.

Inevitavelmente, a mudança de pensamento começou também por um fator externo. Os Estados Unidos estavam atolados na Guerra do Vietnã, e, pela primeira vez, a população americana enfrentou uma crise de identidade onde não se via mais o sentido dessa guerra. Muitos diziam que os EUA brigavam pelo maior “nada” da história. Essa crise fez com que os cidadãos americanos, pela primeira vez numa guerra externa, comessem a questionar as razões por trás dessa batalha. Essa crise inédita resultou num movimento inédito de contracultura: o movimento hippie, que importou a cultura da maconha e teve o apoio dos jovens brancos classe média que estavam lutando na Guerra do Vietnã, e lá experimentaram essa droga.

A história da relação entre o Ocidente e a Maconha deu uma reviravolta repentina no verão de 1967, quando um bando de garotos mal-ajambrados tomou as ruas de São Francisco, na Califórnia, e declarou que tudo aquilo que seus pais acreditavam estava furado. Fazia 12 anos que os Estados Unidos estavam atolados na guerra do Vietnã, e cada ano mais gente morria naqueles pântanos distantes. Na Ásia, soldados americanos fumaram maconha e vários deles gostaram muito. A novidade trazida pelos veteranos se espalhou rápido pela juventude e logo o tsunami da demanda começou a puxar plantas do México, aonde elas cresciam havia séculos por causa do uso tradicional. O verão do amor, como ficou conhecido na história, foi a explosão na insatisfação da juventude turbinada pelo *flower power* – o “poder da flor” da canábis. De repente a maconha estava em todo lugar. (BURGIERMAN, 2011, p. 70)

Mas, apesar dessa nova percepção sobre a maconha, a reação do governo foi de endurecer mais ainda o proibicionismo extremo. Acentuou-se no governo o espectro do medo e da instabilidade em solo americano, em razão desses protestos que agora passavam a atingir grande parte da população e questionavam as medidas que o governo estava tomando, primeiro com a guerra, e depois em relação as drogas.

O consumo de drogas não podia ser visto como uma simples “subcultura”, a droga e seus protagonistas haviam mudado.

Tinha de ser visto como um “vírus contagioso”. A maconha coletivizava o consumo ao ser usada em ato público, compartilhado e comunitário. Deve se lembrar, por exemplo, dos hippies e do consumo maciço de maconha nos festivais de música ao ar livre como o famoso Festival de Woodstock. Era a arma por excelência que os jovens haviam encontrado para responder ao desafio da ordem vigente nos países desenvolvidos. Não é estranho então que se comesse a falar da droga em matéria de segurança, como o inimigo interno. (FILHO, 2007, p. 78)

A semente já estava plantada. Mais e mais pessoas começaram a pedir ao governo e ao sistema judiciário o direito de se utilizar da maconha, seja para tratamentos médicos ou seja por recreação. A mesma globalização que levou a guerra as drogas ao âmbito mundial, agora também traz a ideia da mudança de pensamento.

Hoje, a aceitação social da canábis já encontra mais amparo no Brasil também. O judiciário já começou a se manifestar nesse sentido. O ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso já se manifestou apoiando a decisão de legalizar o uso da maconha<sup>16</sup>, e o Ministro Gilmar Mendes votou a favor de legalizar o uso de todos os entorpecentes. Estamos cada vez mais perto do momento de ver pelo menos o uso e porte da maconha descriminalizada.

Mas qual será a efetiva mudança dessa descriminalização num contexto social? Já foi mencionado que de algum lugar a droga vêm. Se quisermos transformar a forma como a sociedade lida com as drogas, não basta apenas leis finais (como descriminalizar o usuário); é necessário mudar o sistema atual. E o principal passo é poder regulamentar a produção e comercialização da substância, acabando com o tráfico.

### 3. O tráfico de drogas

O Fundo Monetário Internacional calcula que o chamado crime organizado movimentava, por ano, 750 bilhões de dólares, sendo que 500 bilhões de dólares são gerados pelo “narcotráfico”<sup>17</sup>. No comando deste grande negócio é identificada, em seu aspecto político e legal, a

<sup>16</sup> Disponível em <http://goo.gl/tlqrRt>. Acesso em: 21. Nov. 2015.

<sup>17</sup> ROCCO, Rogério. *O que é legalização das drogas?* São Paulo: Brasiliense, 1996, p. 72.

figura do “narcotraficante”, cujo estereótipo, construído pelo discurso oficial e divulgado pela mídia, aponta para o protótipo do criminoso organizado, violento, poderoso e enriquecido através da circulação ilegal desta mercadoria, conhecida em nossa legislação como “droga”.

Toda a atual política de repressão ao comércio de drogas ilícitas está voltada a combater este “inimigo” da sociedade. O grande problema é que fazemos isso com penas privativas de liberdade. Por essa razão, o nosso sistema carcerário está superlotado, e, em grande parte, se deve aos presos pelo crime de tráfico. Segundo dados do Ministério da Justiça, o tráfico é crime que mais encarcera, com um aumento de 339<sup>18</sup>% de presos desde a lei 11.343/2006 começou a valer. O absurdo dessa situação é tamanha, que ao invés de pensarmos em uma solução para esse super encarceramento, as propostas legislativas são no sentido de diminuir a maioridade penal, para que possam prender cada vez mais!

Ora, o Brasil ocupa atualmente a quarta posição mundial em número de presos, com 607.700<sup>19</sup>, sendo que desses 145.797<sup>20</sup> são em razão do tráfico de drogas. Isso se dá, em grande medida, em razão da ausência de critérios objetivos em nossa legislação que sejam aptos a distinguir usuários de traficantes. Aqui fica evidente a segregação social realizada na hora de se definir em qual dos tipos penais (de usuário ou de traficante) determinada pessoa se encaixa. Essa mistura da imagem entre usuário e traficante tem alguns responsáveis, entre eles a mídia, que estimula o clima de medo alimentador das políticas públicas de encarceramento em massa, principalmente contra o pobre e o negro, esses nunca usuários, sempre traficantes.

Apesar de não podermos atribuir somente às políticas públicas a responsabilidade pelas estruturas de relações que estabelecem situações de bem-estar ou degenerativas relativas às drogas, podemos atenuar situações dadas ou piorá-las. Nossos dados e análises nos conduzem a perceber maior compatibilidade da política norte-americana à segunda possibilidade. Inicialmente (virada do século XIX para o século XX), os Estados Unidos possuíam problemas relacionados às drogas (como a “doença do soldado”), que

foram agravados devido às interpretações equivocadas, que geraram uma política fomentadora de conflitos que foi divulgada e financiada internacionalmente pelos norte-americanos. Em termos analíticos, tal processo se constitui de duas etapas. A primeira refere-se à elaboração, difusão e introjeção na opinião pública de interpretações distorcidas e apelos moralistas e emotivos relativos às drogas. A segunda consiste na promoção de políticas públicas equivocadas que resultam em incapacidade de atenuar problemas relativos às drogas ou em capacidade de piorá-los. No entanto, tais políticas são reafirmadoras daquelas interpretações distorcidas e apelos emotivo-moralistas. Portanto, obtêm apoio da opinião pública, são eficientes instrumentos eleitorais e meios de sustentação de organizações e cargos dependentes de tais interpretações e apelos. Ou seja, a concepção cognitiva equivocada do fenômeno, promovida principalmente pelos Estados Unidos, gerou políticas também equivocadas. (MORAIS, 2005, p. 162-163)

A repressão não desestimula o tráfico. Em se tratando de segurança pública, não são os índices que determinam a política, mas a política que determina os índices. Como o tráfico de drogas é extremamente lucrativo, parte-se para o conflito armado, já que eles têm poder para isso. Visando pôr um freio na violência entre os traficantes, pelo controle do mercado do tráfico, os policiais são treinados, autorizados e até estimulados a valerem-se do uso de toda força disponível contra esses “inimigos”. Em um contexto de matar ou morrer, matam e morrem, tanto policiais, quanto inimigos, quanto inocentes, numa guerra onde não se vislumbra fim.

Além disso, o super encarceramento das cadeias brasileiras custa dinheiro. Veja, não faz diferença para o tráfico que um traficante vá preso, pois logo outro tomará seu lugar. A diferença vem para a sociedade, que terá mais pessoas para prender, mais gastos para o contribuinte pagar. A pena mínima para o tráfico de drogas é de cinco anos de cadeia, que significam 5.500 cafés da manhã, almoços e jantares. E esse custo tem de sair de algum lugar. Os recursos de um país são finitos. Gastar na prisão significa ter de economizar em outra coisa. E em razão desse clamor popular por vingança contra esses seres malignos que são as drogas, investimos cada vez mais em repressão e em segurança pública. Por consequência, investimos cada vez menos em áreas como saúde e educação.

<sup>18</sup> Disponível em: <http://goo.gl/QFjnVW>. Acesso em: 21 nov. 2015.

<sup>19</sup> Disponível em: <http://goo.gl/1sNQW>. Acesso em: 21 nov. 2015

<sup>20</sup> Vide nota 14.



Enquanto nossas forças policiais se esfalfam para enxugar gelo, prendendo traficantes todos os dias, 99% dos homicídios cometidos nem sequer são investigados. Nossa política de tolerância zero com as drogas na verdade é uma política de tolerância total com o crime. (BURGIERMAN, 2011, p. 45)

Por essa razão, a legalização da comercialização das drogas consideradas ilícitas hoje pode representar uma alternativa viável para que ocorra uma alteração no nosso sistema social. O teor subversivo dessa proposta requer, segundo Vera Maria Guilherme (2013, p. 120) “o afastamento da esfera da moral judaico-cristã, e a análise da questão de forma clara e objetiva”. Pedir pela implementação de uma política de legalização do “tráfico” de drogas, não é uma ideia que funciona apenas como forma de esvaziamento das casas prisionais, mas principalmente visa provocar o debate em pessoas que naturalizam as políticas públicas e aceitam propostas de política criminal sem qualquer questionamento. As sociedades atuais são excludentes e precisam se livrar dos indesejados. Um sistema prisional que não recupera ninguém e parece um matadouro ou uma universidade do crime é o bueiro perfeito. Já está mais do que na hora de acabarmos com isso.

#### 4. A criação de um sistema onde a produção e o comércio de maconha são legais

O Direito Penal possui um princípio basilar conhecido como o Princípio da Intervenção Mínima. De acordo com esse, o direito penal “somente deve atuar e interferir em situações realmente graves e especiais” (Rodrigues, 2012, p. 21). Para Karam<sup>21</sup>, se criam crimes sem vítimas. A criminalização de qualquer conduta há de estar sempre referida a uma ofensa relevante a um bem jurídico alheio, ou à exposição deste a um perigo de lesão concreto, direto e imediato. Quando não envolve um risco concreto, direto e imediato para terceiros – como a posse de drogas para uso pessoal –, ou quando o responsável pela conduta age de acordo com a vontade do titular do bem jurídico – como na venda de drogas para um adulto que quer comprá-las – a intervenção do sistema penal configura clara arbitrariedade.

<sup>21</sup> KARAM, Maria Lúcia. Drogas: é preciso legalizar. Disponível em: <http://goo.gl/SBm7ip>

Esse princípio é dirigido ao legislador e serve para regular, em matéria penal, a criação de leis que deve ser feita de forma cautelosa e seletiva para que somente poucas e específicas violações se erijam à categoria de crime, evitando assim que se vulgarize o conceito de crime e que se reduza a aplicação de penas, consequentemente possibilitando uma menor sobrecarga do judiciário no que tange a processos criminais. (RODRIGUES, 2012, p. 21)

A guerra as drogas é uma política internacional. Sua história é longa e necessita de explanação sucinta que este artigo não comporta. Por essa razão, será tratado mais acerca das razões porque ela não funciona e procurará propor uma possível solução.

Todos os países do mundo apresentam alguma forma de proibição às drogas, os Estados dispõem vultosas somas no combate ao tráfico, a opinião pública geralmente condena o uso de drogas, usuários são estigmatizados. Após um século de criminalização, o uso e o tráfico de drogas permanecem. Por quê? Porque há usuários. (MORAIS, 2005, p. 104)

Siga essa linha de raciocínio: apesar de a maconha ser proibida, ainda assim as pessoas usam. O que devemos perceber é que não somos seres incapazes de decidir o que consumir ou de estabelecer limites ao consumo desejado. Quando o Estado age no sentido de implementar uma lei severa para combater esse perigo abstrato, argumentando a lesividade à saúde pública, ele está desprezando o direito de o cidadão optar pelo que deseja consumir.

Ao tratarmos às drogas da maneira atual, o que estamos fazendo na verdade é colocando poder nas mãos daqueles que oferecem o produto procurado, afinal, se as pessoas usam, alguém vende. E veja, por ser proibida a produção e a venda, o risco de quem faz é grande, razão pela qual pode-se cobrar caro. Com uma margem de lucro enorme, os traficantes têm poder. A repressão é grande e a guerra está formada. Ainda assim, não faz diferença que algum soldado caia, pois alguém estará pronto para ficar no lugar desse. Superlotação das cadeias, medo nas ruas. Impõe-se penas mais severas. Nada adianta. O sistema atual fracassou.

O que precisamos agora não é encontrar culpados por esse fracasso. O sistema foi construído em outra época, por gente

com outra cabeça e conhecimento científico de outro nível. O mundo criou o melhor sistema possível naquelas condições. Deu errado, fazer o quê? Não faz sentido perdermos tempo atribuindo aos outros a culpa pelo fracasso. “A culpa é dos usuários, que financiam o tráfico”, “é dos traficantes, criminosos hediondos”, “é dos policiais, corruptos e violentos”, “é dos proibicionistas, fundamentalistas religiosos”. Não interessa de quem é a culpa. Interessa é que o sistema não está funcionando. Num sistema ruim todo mundo tem incentivos para se comportar mal. O que precisamos é de um novo sistema. (BURGIERMAN, 2011, p. 263)

Qual a alternativa então para mudar essa situação? Descriminalizar o usuário não é o suficiente. Quem determinará o que é uso e quem determinará o que é tráfico? A lei antidrogas brasileira deixa muita margem à interpretação. Fez-se uma guerra social, contra as pessoas.

No caso da lei 11.343/06, existe uma triagem social em sua aplicação, sendo mais benéfica em relação aos indivíduos considerados na abordagem policial, durante o inquérito e, posteriormente, na audiência de instrução e julgamento como de menor periculosidade social. E, por apresentar condutas descritas de forma pouco precisa e muito aberta a interpretações subjetivas, definitivamente não é a todo e qualquer indivíduo que tal lei se aplica. (GUILHERME, 2013, p. 118)

Por essa razão, vejo necessário reconhecer que estamos lidando muito mal com a atual conjuntura do tráfico de entorpecentes. O primeiro passo para alguma mudança significativa é o de regulamentar e permitir a produção e a comercialização dessas substâncias.

Começar com a maconha é mais do que justo. Ela é a droga mais usada no mundo atualmente e movimenta a maior quantidade de caixa do tráfico. Mas por que é necessário legalizar a produção e comercialização da maconha?

Ora, com a mudança de pensamento evidente, e as decisões judiciais cada vez mais frequentes aceitando o uso da maconha e o porte da mesma, estamos afirmando para a sociedade que: a) o indivíduo tem o direito de decidir o que consumir, b) seu consumo se restringe a si mesmo, não mais validando o uso para justificar um perigo a saúde pública. Porém, estamos deixando de lado uma questão social

importantíssima, essa sim que atinge a sociedade como um todo: o tráfico ilegal de drogas.

A proposta de descriminalização do tráfico de drogas tornadas ilícitas no Brasil, para ganhar vulto, requer a desconstrução de uma série de mentiras costumeiramente apresentadas como verdades pelo Estado e/ou pela sociedade em geral, em especial pela mídia, e mantidas com o aval de muitos operadores do Direito e intelectuais. Necessitamos, a fim de quebrar o tabu, debater esse tema e de propor algo a princípio estapafúrdio, refutar alguns argumentos que, de tão repetidos, acabamos por naturalizar como verdadeiros, sem qualquer base teórica ou mesmo dado de realidade que os sustentem. (GUILHERME, 2013, p. 110)

Descriminalizando apenas o usuário estamos favorecendo o mercado ilícito, já que este usuário irá adquirir a droga em algum lugar. Estaríamos dando o aval do Estado a todos aqueles que usam drogas, de procurarem e se relacionarem com aqueles que estão todos os dias infringindo à lei. Ao considerarmos a possibilidade de legalizar a produção e comercialização da Maconha, estamos pensando inclusive em uma solução de conflitos, que impedirá a autotutela praticada atualmente com o uso de armas de fogo por aqueles grupos que à vendem. Vislumbra-se, também, com a legalização da produção, uma fiscalização sobre a qualidade da maconha que está sendo comercializada, impedindo adulterações que ponham em risco a saúde daqueles que a usam.

Descriminalizar apenas o usuário favorece o mercado ilícito, já que este consumidor descriminalizado deverá adquirir droga em alguma “boca” e não terá qualquer garantia quanto à qualidade do produto que vai consumir. No caso da descriminalização do usuário de forma isolada, há um direcionamento do consumidor para o fornecedor, sem qualquer garantia quanto ao produto. (GUILHERME, 2013, p. 118)

É importante, inclusive, chamar aqueles que plantam a maconha pelo nome que eles merecem: agricultores. Não estamos automaticamente lidando com “bandidos” porque alguém planta a canábis. Pelo contrário, estamos praticamente legitimando o uso da planta, autorizando as pessoas a usarem. Estamos reconhecendo que ela pode trazer inclusive benefícios a saúde. E veja, pouco importa realmente

essa afirmação. Estamos indo além. Estamos reconhecendo que é direito de cada ser humano decidir o que ele irá consumir, que ele tem liberdade de escolha. Então, criminalizar a forma de acesso à essa planta é simplesmente incongruente.

Por essa razão, deve-se começar a se pensar em um sistema onde tanto as plantas das quais se retira a matéria-prima da droga — o princípio ativo — quanto a droga propriamente dita seriam mercadorias. O controle estatal procuraria garantir a qualidade e a pureza de tais produtos. Haveria restrições ao livre mercado, da mesma forma que funciona hoje com o tabaco, por exemplo. Poder-se-ia comprar sementes, cultivar a planta e elaborar a droga, mas caberia ao Estado regulamentar as condições de venda, a composição química, a quantidade, etc., da mesma forma que ocorre com o tabaco e as bebidas alcoólicas. Pode-se pensar também em um modelo onde haveria estabelecimentos credenciados que forneceria a droga, semelhantemente aos serviços prestados pelos restaurantes e bares. Os locais e as condições para fornecimento seriam regulamentados, assim como os direitos dos consumidores, alternativa essa semelhante ao sistema de *coffee shops*, implementado na Holanda. Pode-se também propor uma alternativa semelhante à do serviço comercial, com uma espécie de cadastramento daqueles que iriam negociar a maconha ou usá-la, assim como se faz com vendedores ambulantes e camelôs. Por fim, qualquer alternativa tomada deve visar a redução de danos, enfatizando o tratamento e a reabilitação de dependentes e usuários pesados, concentrando os esforços desta política na área da saúde. Enfim, são muitas variáveis a serem consideradas. Mas temos muitos exemplos que podemos seguir.

Com a proposta da legalização, abre-se uma nova fonte de arrecadação de impostos, elimina-se a clandestinidade das operações comerciais das drogas tornadas ilícitas, restringe-se o crime de lavagem de dinheiro, controla-se a qualidade da droga comercializada, regulamenta-se o uso dessas substâncias (idade mínima, quantidade diária, locais de uso, por exemplo) e coíbe-se o comércio de armar ilegais realizado pelos policiais e pelas forças armadas. (GUILHERME, 2013, p. 119)

No livro “O fim da guerra” Burgierman propõe um estudo sobre cinco sistemas de países ao redor do mundo, que já lidam de alguma

forma com a legalização da produção e comercialização da maconha. Os mais interessantes e aplicáveis à situação do Brasil são os utilizados na Califórnia, Portugal e Espanha. Seria necessário um estudo mais detalhado sobre esse tema, para trazer ideias concretas de aplicação de um novo sistema. Estudo esse que não cabe no presente artigo.

De qualquer forma, percebendo interesse da parte legislativa em alterar nossa legislação significativamente a ponto de propor ideias para a legalização da venda da Maconha, o que não faltará serão alternativas a serem estudadas para decidir qual será a melhor alternativa para o Brasil.

## 5. Drogas como pauta de saúde pública

Apesar da proposta da legalização das drogas, com especial enfoque na legalização da plantação e comercialização da maconha, a principal mudança que deve acontecer na forma de tratar as drogas ainda é outra. Afim de que haja uma mudança significativa nos números que o tráfico de drogas produz, é necessário tratá-las sobre outro viés: transformá-las em pauta do Ministério da Saúde, e não do da Justiça. Essa distinção pode parecer apenas um detalhe administrativo, mas é mais que isso. Justiça e Saúde pensam diferente.

Há no mundo 210 milhões de usuários de drogas ilícitas, segundo a ONU. Separando desse montante os 165 milhões de usuários de maconha, que não precisam ser tratados com violência, porque não oferecem risco nenhum à sociedade, restam 45 milhões. Destes, 35 milhões não tem tanta importância: são os usuários recreativos de outras drogas, que usam apenas eventualmente e não geram grandes problemas sociais. Sobram, então, os 10 milhões de usuários problemáticos: menores de idade, dependentes, motoristas imprudentes, brigões, gente que corre riscos sérios consumindo drogas. Essas pessoas têm de mudar de comportamento. O primeiro passo é disponibilizar ajuda para elas, por meio dos sistemas de saúde. (BURGIERMAN, 2011, p. 258)

Atualmente, lidar com as drogas é uma questão que envolve medidas de segurança pública. A descriminalização do uso de drogas é algo que já é feito, se não na lei, pelo menos na prática, porque se chegou a constatação de que prender usuários só serve para lotar cadeias. O que fazemos atualmente é entregar cada vez mais dinheiro

para a polícia combater à droga nas ruas e afrouxar cada vez mais nossos direitos e garantias individuais.

A principal distinção entre a proposta de mudança das drogas nas pautas mencionadas é simples: a Justiça é cega. Tecnicamente, ela deve tratar a todos igualmente. Mas sabemos que isso só existe no papel. Afinal, toda lei é criada e aplicada por indivíduos que tem seus valores, seus interesses, suas posições políticas, enfim, sua subjetividade. Cada um tem para si um projeto do que espera da sociedade, e este confere a determinado bem jurídico uma relevância que obviamente passa por suas convicções pessoais. Posso prever que todo traficante deva ir preso conforme o tipo penal, mas a lei possui critérios abertos para definir o que constitui tráfico (tanto em termos de quantidade quanto ao prever situações que resultam em interpretações divergentes). Assim, vê-se que importa muito para definir quem é usuário e quem é traficante a subjetividade da pessoa que irá decidir, e é ingenuidade pensar que critérios objetivos fariam alguma diferença. Porém a saúde não pode ser cega. É seu dever tratar cada paciente de modo diferente, a partir de suas necessidades. Não posso dizer que alguém que fuma maconha esporadicamente sente os mesmo efeitos daquele usuário habitual. E a saúde tem o dever de cuidar de cada especificidade de suas necessidades.

Deve-se, para isso, proceder a criação de centros de atendimento especializado, onde psicólogos, psiquiatras, médicos e assistentes sociais terão contato com o indivíduo e definirão se este é usuário ou se há vício na droga que ele consome. É necessário proceder essa triagem a fim de que possa se individualizar os tratamentos para cada caso. Utilizando-se do princípio da prevenção de danos, é necessário também campanhas educativas direcionadas à população. A grande diferença dessa para as que hoje existem é justamente o fato de que essas campanhas visam educar; estabelecendo, sem mentiras, os riscos que o uso de qualquer substância possa trazer. Veja, um efeito colateral de um sistema que trata as drogas como questão de saúde pública é que a quantidade de informação sobre as drogas tendem a aumentar.

O primeiro passo é indicar uma comissão de especialistas sérios – o que não deve ser confundido com um grupo de autoridades no poder (cujo interesse principal é manter o *status quo*) – cujo objetivo seja estudar em profundidade o caso brasileiro e levar ao Congresso uma estratégia completa, baseada em conhecimento, não em histeria. Esta estratégia

certamente incluirá estruturar um sistema nacional de cuidado com o dependente, que possa dar conta do problema quando a política de drogas sair da mão do Ministério da Justiça e for para onde deveria estar: o Ministério da Saúde. [...] Nos próximos anos, o mundo inteiro vai dar passos na direção de um sistema mais racional e eficiente que a atual guerra às drogas. Há de surgir alguma liderança brasileira capaz de perceber que criar um sistema que funcione de verdade para resolver mesmo um problema é um bom jeito de ganhar votos na eleição seguinte. (BURGIERMAN, 2011, p. 256-257)

A definição social do viciado como criminoso influencia efetivamente o seu comportamento e sua autoimagem e só piora o consumo da droga. Já hoje a indústria farmacêutica produz e comercializa drogas com princípios ativos semelhantes aos de drogas ilegais que são receitadas devido a suas propriedades terapêuticas. Um sistema que trata o uso de drogas como problemática de saúde enfatiza o tratamento e a reabilitação de dependentes e usuários pesados e faz distinção entre drogas leves e pesadas. Os esforços desta política concentram-se na utilização da medicina, da psiquiatria, da psicologia e de áreas afins, combinando a remoção de punições criminais com o uso de respostas terapêuticas para dependentes de drogas.

Entenda que com essa proposta não estamos anulando a função da polícia ao se tratar de lidar com as drogas, pelo contrário, ela continuaria tendo um papel importante num sistema comandado pelo Ministério da Saúde. Obviamente haverá regras a serem cumpridas e caberia à polícia fiscalizar seu cumprimento. Mas um princípio precisa nortear a atuação da justiça: o de punir os danos reais à sociedade e não os percebidos por uma ideologia proibicionista que transforma a droga no grande vilão social.

## 6. Considerações finais

O principal enfoque desse artigo foi tentar trazer alternativas possíveis à atual política de lidar com as drogas: o proibicionismo. Nosso atual sistema incentiva a violência, acentua desigualdades, enriquece bandidos, extermina idealistas, coloca crianças no tráfico, tira dinheiro de universidades para construir prisões, custa imensamente caro, corrói direitos e torna as drogas mais potentes e perigosas. Por que então não mudamos? Por um motivo simples: os políticos. Os

políticos são dependentes de drogas. Não há mensagem mais poderosa para ganhar votos que “eu sou contra as drogas”.

A questão é que as pessoas usam drogas. É um fato e precisamos lidar com isso. Por isso mesmo, qualquer política pública que não aceite a realidade estará, em algum momento, equivocada. E o maior preço é pago por quem é tragado pelas prisões superlotadas. Veja, nessa guerra às drogas cor da pele, endereço e conta bancária contam, na diferenciação entre ser usuário ou traficante.

Mas, a partir de todo o exposto, podemos chegar a algumas conclusões: a) a ilegalidade faz com que o preço das drogas seja elevado, o que por consequência torna o tráfico altamente lucrativo, atrativo e poderoso; b) algumas drogas legais chegam a ser mais nocivas do que as ilegais, e o alvo do controle está errado, tendo a criminalização um caráter discriminatório; c) o proibicionismo já demonstrou que não conseguiu de forma alguma frear o consumo; d) no mercado ilegal não há controle da pureza e da potência da droga, tornando o risco à saúde do usuário mais elevado; e) legalizando-se certas drogas, como a maconha, o lucro do tráfico seria eliminado, o negócio não seria mais atrativo ao crime organizado e a violência, seu principal instrumento de atuação, declinaria; f) a obstinação pela prisão de traficantes tem resultado em frequentes violações de liberdades civis de cidadãos; g) drogas atualmente ilegais mas úteis em terapias médicas poderiam ser utilizadas com a legalização, como é o caso da maconha, onde diversos estudos já apontam para benefícios que ela pode acarretar; e h) o custo da repressão é elevado e não tem tido efeito satisfatório.

Ao nos empenharmos em debater junto à sociedade civil a questão do tráfico de drogas no país, começamos um movimento social organizado capaz de pressionar nossos legisladores para que elaborem leis que descriminalizem o tráfico de drogas, atribuindo funções ao Estado que não mais sejam de punição ou repressão, e sim de regulamentação do comércio de drogas no país. Serão, nesse momento, fundamentais as mudanças tanto no campo do direito constitucional quanto em leis infraconstitucionais. Mais tais mudanças só ocorrerão sob pressão popular – o interesse político em reeleição pode ser favorável nessas circunstâncias. (GUILHERME, 2013, p. 124)

A atual política de lidar com as drogas construiu um direito penal autoritário, discriminatório, violento e ineficaz do ponto

de vista da defesa da vida e da liberdade. Tratar as drogas como um problema de segurança pública na verdade só traz mais insegurança, mais violência e mais repressão. É um ciclo sem fim que não apresenta qualquer esperança de mudança. Por isso, é de vital importância que mudemos a nossa estrutura de pensamento, para que saibamos lidar com as drogas da melhor forma possível: como uma problemática de Saúde. Veja, legalizar as drogas implica em um trabalho sério a ser realizado a médio prazo, onde deve-se preparar os profissionais da área de saúde, capacitando-os para o tratamento daqueles que necessitam. Essa capacitação deve envolver também compaixão e compreensão, afinal, nenhum usuário precisa sofrer mais preconceitos até na hora em que estiver sendo cuidado. Os centros de reabilitação ou tratamento devem promover um trabalho humano, de redução de danos.

Deve-se também promover à criação de uma legislação decente, que trate dos aspectos mais importantes dessa nova política: quem vai vender, onde, o quê, sob quais circunstâncias, como funcionará a taxação, a comercialização e a produção. Deve-se realizar uma regulamentação que pense em todas as etapas, incluindo até regras específicas sobre áreas de vendas e regras de uso.

**Outro aspecto importante é sobre quais as drogas que serão legalizadas. Esse artigo deu enfoque especial à maconha, justamente por ser uma das drogas mais usadas no mundo, que não possui riscos estapafúrdios à saúde do usuário, possuindo inclusive propriedades que podem ser usadas no tratamento de diversas doenças, e, é a droga ilegal que mais possui aceitação social, sendo fundamental na mudança de pensamento que devemos promover na sociedade em relação ao usuário de drogas.**

**Outra questão relevante sobre a Maconha é que, por ser a droga ilegal mais usada no mundo, é também a de maior vulto no caixa do tráfico ilegal. Regulamentar a venda legal da maconha é o primeiro passo para acabar com essa economia que financia a perpetuação do medo e da violência.**

Enfim, o que precisa ficar claro é que **legalizar as drogas não é o “liberou geral” que tanto se fala.** Devemos nos livrar das ideias preconcebidas para que possamos pelo menos discutir uma alternativa à essa insensatez que se tornou o debate em relação as drogas.

## Referências

- BURGIERMAN, Denis Russo. O fim da guerra: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas - São Paulo: Leya, 2011.
- FILHO, Orlando Zaccone D'elia. Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- GUILHERME, Vera Maria. Quem tem medo do lobo mau? A descriminalização do tráfico de drogas no Brasil: por uma abordagem abolicionista - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- HART, Carl. Um preço muito alto: a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. 1 ed. - Rio de Janeiro: Zahar, 2014.
- KARAM, Maria Lúcia. Drogas: é preciso legalizar. Disponível em: <http://www.puro.uff.br/sites/default/files/Maria%20Lucia%20Karam%20-%20Drogas%20-%20C3%89%20preciso%20legalizar.doc>. Acesso em: 21 nov. 2015.
- LABATE, Beatriz Caiuby. Drogas e cultura: novas perspectivas - Salvador: EDUFBA, 2008.
- MORAIS, Paulo César De Campos. Drogas E Políticas Públicas. FAFICH - UFMG. 2005
- OLMO, Rosa dei. A face oculta da droga - Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- ROCCO, Rogério. O que é legalização das drogas? - São Paulo: Brasiliense, 1996
- RODRIGUES, Cristiano Soares. Direito Penal: parte geral I - São Paulo: Saraiva, 2012.

## Prohibición de las drogas en sociedades abiertas

18

Sebastian Scheerer<sup>1</sup>

El objetivo de este ensayo es animar a quienes se oponen a la guerra contra las drogas a preguntarse si su discurso es inteligente. Quizá se podrían conseguir mejores resultados mediante un incremento de la concienciación sobre la dimensión mundial del problema y entrando a fondo en las cuestiones morales y filosóficas que con tanta frecuencia esquivan quienes propugnan la reforma de las políticas sobre drogas.

En lo tocante al primer aspecto, es importante reconocer que el caso de las drogas no es un caso normal, en el que todos los aspectos importantes pueden y deben tratarse dentro de los límites de un único estado soberano. Mientras que los primeros movimientos por los derechos civiles podían contar con el derecho de que los órganos legislativos de cada país accedieran a sus demandas (en relación con las relaciones raciales o los derechos de las mujeres, por ejemplo), ningún país puede legalizar una droga por su cuenta, puesto que forma parte del régimen internacional de prohibición de las drogas. Los órganos legislativos nacionales tienen que cumplir sus obligaciones en virtud de las convenciones internacionales y el sistema administrativo de las mismas ubicado en las Naciones Unidas (en su sede de Viena).

En lo que respecta al segundo aspecto, los reformistas suelen acusar a los conservadores de utilizar argumentos morales en lugar de empíricos, mientras limitan su propio discurso a la presentación de hechos y cifras que prueban el fracaso de la guerra contra las drogas según sus propios criterios.

<sup>1</sup> Ex-diretor do Instituto de Criminologia da Universidade de Hamburgo e Professor do Departamento de Criminologia na mesma Universidade. E-mail: [sebastian.scheerer@wiso.uni-hamburg.de](mailto:sebastian.scheerer@wiso.uni-hamburg.de)

Sin embargo, detrás del conflicto entre los “luchadores contra las drogas” y los “partidarios de la reducción de los daños” hay un conflicto mucho más amplio e importante entre “prohibicionistas” y “antiprohibicionistas”, y detrás de la cuestión de la eficacia está la crucial cuestión de las normas y los valores puestos en peligro. Durante demasiado tiempo, los que se oponen a la prohibición confiaron en la fuerza del pragmatismo y la convicción de las pruebas que demuestran el fracaso de la *guerra contra las drogas* con respecto a sus propios objetivos declarados. Las recientes derrotas de las iniciativas de reforma<sup>2</sup> no deberían achacarse exclusivamente a factores coyunturales. En lugar de eso, es posible que fuera más apropiado profundizar un poco más y poner en duda la inteligencia de una estrategia puramente tecnocrática en el caso de la reforma de las políticas sobre drogas. En otras palabras: es posible que no haya demasiado, sino demasiado poco debate normativo en la batalla relativa a las políticas sobre drogas. Si queremos derogar la prohibición de las drogas, necesitaremos con seguridad ir más allá de las meras pruebas técnicas de su fracaso en términos empíricos.

## 1. El sistema de creencias que sustenta la prohibición

La impresionante resistencia a las pruebas empíricas de su fracaso que muestra la política sobre drogas actual no puede explicarse sólo por factores situacionales, sino que requiere un análisis de la solidez del sistema de creencias que sustenta la estructura básica de la prohibición de las drogas. Las creencias básicas incrustadas en el régimen de prohibición mundial y expresadas por el mismo no pueden identificarse mediante encuestas de opinión e iniciativas similares, sino que es preciso analizar el proceso de formación y la estructura del sistema normativo en cuestión.

## 2. Proceso de formación

La *guerra contra las drogas* no es sino otra ofensiva en el marco del régimen de prohibición mundial de las drogas, diseñada para

<sup>2</sup> Durante el mes de noviembre de 2002 exclusivamente, los votantes rechazaron iniciativas referendatarias en Ohio (para que los delincuentes no violentos con delitos relacionados con las drogas recibieran tratamiento en lugar de ir a la cárcel), Arizona (la misma iniciativa, además de equiparar la posesión de marihuana a una multa de tráfico y facilitar marihuana gratuita para usos médicos) y Nevada (legalización total de la marihuana). Iniciativas similares en Florida y Michigan ni siquiera llegaron tan lejos.

defender ese mismo régimen, para ampliar su alcance y para usarla como herramienta para objetivos políticos más generales. Para identificar las raíces de su fortaleza ideológica, es preciso relacionar su estructura con el estado del conocimiento y la mentalidad durante sus etapas de formación. Utilizando el modelo de Ethan Nadelmann de la pauta evolutiva de los regímenes mundiales de prohibición, es fácil ver tanto la afinidad entre las sociedades autoritarias y cerradas y los regímenes prohibicionistas, como los elementos centrales de los sistemas de creencias que conformaron la política actual. Una de las cuestiones más interesantes que revela la aplicación de este modelo es que la fase formativa de la prohibición de las drogas (alrededor de 1930) fue una época en la que tuvieron mucha influencia los escasos conocimientos sobre las drogas y las grandes esperanzas depositadas en la planificación centralizada de los procesos económico y social.

En la *primera etapa* del desarrollo de la prohibición mundial de las drogas (*a la que podemos referirnos como la prehistoria de la prohibición mundial de las drogas*) la política formal sobre drogas era escasa o nula en la mayor parte del mundo. Algunas notables excepciones demuestran una temprana afinidad entre autoritarismo, discriminación de minorías y prohibición de las drogas como herramienta de políticas simbólicas en una guerra cultural<sup>3</sup>. La multitud de casos en los que el

<sup>3</sup> Una campaña de la iglesia ortodoxa del Imperio Otomano dio lugar a la prohibición del café y del tabaco en la época de Murad III (1574-1595) y a una guerra más intensa contra las drogas liderada por Murad IV (1623-1640), quien, al asociar a los fumadores y los bebedores de café con la herejía religiosa y la disensión social, se encargó personalmente de realizar salidas vestido de civil y de detener y ejecutar tanto a los traficantes como a los consumidores de esas drogas. Antes que Pedro el Grande abriera Rusia a la influencia occidental, los zares rusos seguían el ejemplo otomano y arrancaban la lengua a los fumadores reincidentes; en el estado alemán de Hesse, la Ilustración no impidió que el Duque que gobernaba la región decretara (en 1766) que la posesión y el consumo del café debían reprimirse y que era preciso incautarse para su destrucción de cualesquiera *instrumenta sceleris* como molinillos de café, cafeteras y tazas que se encontraran en viviendas privadas. En aquella época, el opio seguía siendo una droga perfectamente legal (con la excepción de la China Imperial). Sin embargo, en la mayoría de los demás países, todos los aspectos de las drogas se consideraban legítimos y no merecedores de la atención de los legisladores. A punto de finalizar el siglo XIX, no obstante, los problemas económicos y los conflictos culturales habían generado una considerable hostilidad contra diversas minorías en los Estados Unidos. Dado que cada una de las minorías en cuestión se podía asociar con preferencias concretas por drogas con fines recreativos (la población negra del sur prefería la Coca-Cola y la cocaína en polvo, los hispanos la marihuana, los inmigrantes chinos preferían

resentimiento contra las minorías dio lugar a la penalización de sus drogas recreativas preferidas (*pars pro toto* y como herramienta para simbolizar su degradación de estatus) no se habrían generalizado de no haber sido por la guerra entre España y Estados Unidos y la proyección de algunos asuntos internos a un nivel más alto desde 1898, año en el que la historia de la prohibición mundial de las drogas entró en su *segunda etapa*.<sup>4</sup> La *tercera etapa (estructuración)* de la historia del sistema comenzó con la resolución anti-opio adoptada por la Comisión de Shanghai (1909). No era un documento legalmente vinculante, sino una declaración de intenciones que dio lugar a una agitación más intensa por parte de más moralistas internacionales que luchaban para conseguir un régimen de prohibición mundial. La opinión pública internacional consiguió incluso acabar con la resistencia británica una vez que quedó claro que también se prohibiría la cocaína (lo que infringía una pérdida similar a Alemania y su importante industria de la cocaína). Por último, la Convención Internacional sobre el Opio de 1912 se convertiría en la madre de todas las políticas sobre drogas. Durante los años 20 se construyeron las estructuras jurídicas y admi-

---

fumar opio y la ola más reciente de inmigración procedente de países católicos de Europa bebía alcohol), podía llevarse a cabo fácilmente una política de estatus con la excusa de una cruzada científicamente necesaria en nombre de la salud pública: una cruzada para la prohibición del alcohol en lugar de una cruzada contra los inmigrantes católicos urbanos (socialistas), o una cruzada contra la marihuana (en lugar de contra los mexicanos), contra la cocaína (en lugar de contra los negros), o contra el opio (en lugar de contra la mano de obra barata china que amenazaba con quitarle el trabajo a la población blanca).

<sup>4</sup> En 1898 los Estados Unidos ocuparon las Filipinas y se convirtieron en una de las potencias que tuvieron que enfrentarse con la cuestión del opio en el Este de Asia. Las elites puritanas de los Estados Unidos se escandalizaron cuando oyeron hablar de fumadores de opio o prostitutas chinas que ponían en peligro a los marines estadounidenses. Charles Brent, de Toronto, obispo de la Iglesia Episcopaliana y amigo personal del Secretario de Defensa y posterior Presidente de los Estados Unidos Howard Taft y su esposa Lucy, fue nombrado jefe de la Comisión del Opio de las Filipinas y presentó un histórico informe en el que decía que el problema no podía solucionarse unilateralmente, sino sólo mediante medidas internacionales conjuntas del Reino Unido, China y todas las demás potencias que participaban en el comercio del opio. En ese momento comenzó la *segunda etapa (emergencia)*. Grupos religiosos presentes en la escena internacional, burócratas, profesores de derecho y líderes morales consiguieron convencer a la opinión pública mundial de que el comercio de opio en el Este de Asia era un *problema internacional*. Ni siquiera el Gobierno británico consiguió resistirse más a la presión para tomar medidas destinadas a eliminar su rentable comercio de opio en el Este de Asia.

nistrativas de un sistema de control mundial, así como la fase inicial de la aplicación provisional bajo los auspicios de la recientemente fundada Sociedad de las Naciones y su *Comité Central Permanente del Opio* en Ginebra. Para 1925, los gobiernos africanos y asiáticos ya habían presionado con éxito para la inclusión de la marihuana, una droga asociada en sus países con la pobreza, la herejía y la insubordinación. Con el *Acuerdo sobre la limitación de la producción de sustancias estupefacientes* de 1931, el sistema llegó a su fase operativa. En ese momento empezó la prueba real. – La *cuarta etapa (la implantación rutinaria)* empezó de una forma prometedora. Para 1934, la Sociedad de las Naciones casi había conseguido *la perfecta regulación de una industria en su conjunto y de un comercio con dimensiones mundiales*. Los gobiernos cumplían las normas y el número de transgresiones de las industrias farmacéuticas había llegado a ser mínimo. La única sorpresa había sido la reciente aparición de laboratorios clandestinos y una especie de negocio privado de importación y exportación fuera de la economía regular. No obstante, todo el mundo esperaba que el Comité Central Permanente del Opio redujera el exceso de producción y el comercio y el consumo ilegales hasta niveles insignificantes para 1940 como máximo. – Si ése hubiera sido el caso, el sistema habría entrado, por supuesto, en su *quinta etapa (éxito y desaparición del problema de la atención pública)* aproximadamente en 1945 ó 1950. Sin embargo, al contrario de lo que esperaba, aparecieron nuevos grupos <<desviados>> (beatniks, hippies...) y surgieron más conflictos, y ninguna burocracia mundial pudo ni remotamente frenar la marea de la utilización con fines recreativos de las drogas desde ese momento. Hoy en día, por supuesto, la mayor parte de los expertos están de acuerdo en que, a pesar de la retórica política y la continua escalada, la *guerra contra las drogas* se ha perdido.

Si los que participan en ella no lo admiten es simplemente porque para ellos se ha convertido en una cuestión de principios y de estatus. Para los conservadores morales, ceder ante la marihuana equivale a una rendición incondicional ante el enemigo. Por lo tanto, no están tan interesados en cuestiones de eficacia. Lo que más les importa es la propiedad cultural. Es posible que las leyes sobre drogas sean ineficaces, pero mientras sean las suyas, ahí se tienen que quedar.

### 3. Creencias básicas

Este resumen histórico muestra un gran número de conocimientos y creencias básicas que tuvieron un papel esencial en la constitución



de una prohibición mundial y que precisan una evaluación profunda y crítica si queremos que las posiciones de los reformistas convengan a más personas.

1. *Conocimientos sobre drogas.* A principios del siglo XX se sabía poco sobre las drogas. El positivismo científico dejaba poco espacio para la ambivalencia, la interacción social o modelos causales complejos. La metodología era de escasa calidad en las ciencias sociales empíricas. Para averiguar los efectos del cannabis (o de los opiáceos) en los humanos, se estudiaban poblaciones reclusas o de hospitales y no se pensaba siquiera en realizar estudios de campo, en utilizar usuarios no declarados o grupos de control. Las correlaciones entre consumo de drogas y enfermedad mental se consideraban pruebas que sustentaban la hipótesis de que las drogas causaban la enfermedad (aunque podría haber sido al revés: que las drogas se consumieran como automedicación para la ansiedad). La ciencia terminó repitiendo y reforzando los estereotipos sociales, en lugar de analizarlos. Como consecuencia, la creencia general en esos días era que había una fuerza inherente en las drogas peligrosas que privaría de la libertad y de la vida a cualquiera que se atreviera a probarlas. Parecía evidente que cualquier consumo prolongado de estupefacientes (incluido el cannabis) daría lugar inevitablemente a la aniquilación de la voluntad de los usuarios, a la degeneración de su dignidad moral, al deterioro de su salud física y, finalmente, a su muerte.

2. *Conocimientos sobre la demanda de drogas.* Como consecuencia, era inconcebible que una persona sana pudiera tener un deseo razonable de utilizar con fines no médicos (recreativos) opio u otra droga similar. Cualquier cosa que se pareciera a un deseo social de drogas se consideraba un mero reflejo de la adicción oculto bajo una (pseudo) demanda. Al no existir ninguna utilidad concebible para fines individuales de ciudadanos racionales, parecía que las drogas pertenecían a una clase concreta de <<bienes esencialmente negativos>> bastante distinta de los bienes normales y lo suficientemente peligrosa como para mantenerla a una distancia segura para evitar cualquier contacto no deseado con ciudadanos normales. La prohibición de las drogas peligrosas protegía, o eso se creía, tanto a las personas como a la sociedad, sin infringir los derechos o intereses de nadie.

3. *Conocimientos sobre la economía dirigida.* A principios del siglo XX había una fe en un estado fuerte y su capacidad para dirigir tanto la producción como el cambio social mayor que en cualquier época

posterior. Los comunistas sólo eran un grupo con una sólida fe en la fuerza de una planificación económica centralizada para superar la anarquía de la producción capitalista con todas sus consecuencias sociales no deseadas.

Combinados, estos tres elementos constituían una razón aparentemente <<natural>> para que la prohibición fuera la mejor respuesta a las drogas peligrosas. En primer lugar, no era posible ninguna demanda sensata para usos recreativos de drogas peligrosas y, por lo tanto, no podía haber un derecho subjetivo a acceder a las mismas (así que la prohibición estaba justificada). En segundo lugar, cualquier consumo de drogas peligrosas daría lugar a la aniquilación de la libertad y la existencia física de los desafortunados consumidores (por lo tanto, la prohibición era necesaria para la autoconservación de la sociedad). En tercer lugar, la organización de los estados modernos, la cooperación internacional y la planificación eran capaces de determinar la demanda mundial y de satisfacerla mediante la economía centralizada dirigida (por lo tanto, era posible dirigir la economía de las drogas mundial y erradicar cualquier producción excedentaria). Por consiguiente, la economía dirigida parecía ser el mejor método para alcanzar el objetivo de la protección de la población general del riesgo incluso de estar en contacto con drogas peligrosas. De la misma forma en que se organizaban la producción y la distribución en el sistema soviético, desde ese momento el Comité Central Permanente del Opio iba a comprobar y registrar todas las declaraciones de gobiernos sobre su demanda anual prevista de drogas para usos legítimos (medicinales y científicos). El Comité Central asignaría cantidades justificadas de cada droga a cada país. Asimismo, el Comité Central organizaría la producción agrícola e industrial de las cantidades necesarias de cada sustancia y supervisaría sus respectivos envíos a destinos legítimos. Los países de destino supervisarían a su vez el correcto uso de las drogas y enviarían un informe al Comité. Este procedimiento se repetiría cada año, y dado que todos los países estarían obligados a cumplir las normas y a reprimir cualquier producción excedentaria de drogas, no se produciría nunca ni un gramo de ninguna sustancia prohibida, y mucho menos estaría a disposición de ciudadanos normales para usos no legítimos (recreativos). No estamos hablando sólo de un modelo, sino del sistema real instaurado mediante convenciones internacionales a principios del siglo XX. Lo más sorprendente de todo es que la misma economía dirigida sigue existiendo actualmente en

el campo de las drogas. El Comité Central Permanente del Opio se ha convertido en la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, de la misma forma en que la Sociedad de Naciones ha sido reemplazada por las Naciones Unidas. En lugar de en Ginebra, la JIFE tiene su sede actualmente en Viena, Austria, pero el procedimiento básico sigue siendo el mismo.

#### 4. Reforma en nombre del nuevo conocimiento

Si nos basamos en el saber convencional que dio origen a la prohibición mundial de las drogas a principios del siglo XX, no hay mucho que criticar a ese respecto. Si las drogas eran lo que se solía pensar que eran, es decir, sustancias químicas con el extraño poder de esclavizar a cualquier que se atreviera a probar su consumo con fines recreativos, cualquier estrategia racional para eliminar ese riesgo tendría que considerarse legítima.

Con nuestros actuales conocimientos, sin embargo, esa posición es insostenible. Las sociedades cerradas pueden criminalizar la demanda social de sustancias estupefacientes por ignorancia y por decreto sin arriesgarse a crear conflictos con sus propios fundamentos de legitimación. Sin embargo, las sociedades abiertas tendrán que ponderar cómo enfrentarse al hecho social de que ciudadanos normales expresen un deseo racional de utilizar determinadas drogas de una forma controlada con fines recreativos – y tendrán que abordar la cuestión de si esos deseos pueden criminalizarse en una sociedad abierta.

Desde la perspectiva actual, por supuesto, las creencias básicas que subyacen al actual sistema prohibicionista suenan bastante extrañas. De hecho, ninguna de ellas sigue siendo válida desde el punto de vista científico.

1. *Los conocimientos sobre las drogas* se han multiplicado y las experiencias con economías dirigidas rígidas han acumulado pruebas inesperadas pero sólidas. Además, el cambio general socioeconómico y cultural ha mejorado no sólo la reputación de la búsqueda mediante artículos de consumo de experiencias inusuales, aventuras y emociones, sino también las pautas generales de la evaluación y la asunción del riesgo.

2. *Conocimientos sobre el consumo controlado.* Hasta hace aproximadamente dos décadas, prácticamente no había ninguna información sobre el consumo controlado y no adictivo de opiáceos. Desde entonces, la información en la que nos basamos ha cambiado

considerablemente. Hoy en día, la creencia, antiguamente generalizada, de que todos los consumidores de opiáceos y otras drogas prohibidas estaban abocados a la adicción, la autodestrucción y la muerte, o debían convertirse (obligados o no) a la total abstinencia, puede calificarse como una superstición trasnochada e infundada desde el punto de vista empírico. Hoy en día, los datos demuestran que la gran mayoría de las personas que consumen drogas ilegales son capaces de controlar el uso de esas sustancias, de la misma forma que otras personas controlan su consumo de tabaco o de alcohol. Éste es un punto de vista sobre el consumo de drogas que no ha sido muy habitual durante el último siglo, y la creencia convencional ha sido durante mucho tiempo lo suficientemente fuerte para impedir incluso que los científicos elaboraran las respectivas hipótesis, por no hablar de pedir fondos para investigación. Hasta el último tercio del siglo XX no se ha ampliado el estrecho enfoque de la investigación sobre drogas en internos de cárceles y hospitales (por primera vez, mediante la innovadora investigación de Wayne Harding y Norman Zinberg), y hoy en día se suele incluir también a los consumidores de drogas como el crack y la heroína con fines recreativos y no delictivos, lo que ha dado lugar al descubrimiento de una mayoría verdaderamente silenciosa de consumidores de drogas bastante acomodados y no notorios. La inevitable conclusión de las recientes investigación es un verdadero golpe para las hipótesis de principios del siglo XX que sentaron las bases para la prohibición, y puede resumirse así: el consumo autónomo y autocontrolado de drogas peligrosas es perfectamente posible y una realidad social para la mayor parte de los consumidores de drogas.

3. *Conocimientos sobre la demanda real.* El fundamento filosófico de la prohibición era la convicción de que ninguna persona sana usaría (ni querría usar) nunca cualquiera de las drogas peligrosas para fines recreativos, puesto que no había ninguna forma de usarlas de una forma controlada por el propio consumidor. Sin embargo, en la actualidad hay pruebas de que, en general, las personas consumen drogas no sólo por alguna deficiencia oculta (neuro)psicológica, sino también porque optan racionalmente por hacerlo. Las personas que consumen sustancias estupefacientes no son ni cobardes ni psicópatas, son personas tan normales como cualquier otra persona normal, incluido el segmento de consumidores de alcohol y tabaco. Las sociedades contemporáneas

registran una demanda intensificada de sustancias estupefacientes no porque estén inmersas en un proceso de degeneración, sino porque están inmersas en un proceso de aumento de la autoestima y reivindicación de los derechos de las minorías – y también porque algunos productos que producen placer dedicados a explorar nuevas experiencias (desde el turismo de aventura hasta la escalada libre y el paracaidismo) parecen capaces de cubrir la carencia de identidad y significado de la ética consumista. Desde este punto de vista, <<el consumo de drogas ilegales e incluso peligrosas como actividad de ocio parece ser una forma inteligible de la búsqueda autorizada legalmente de lo extraordinario – en lugar de un producto extraño de mentes patológicas, disfunciones sociales, regímenes corruptos o empresarios rapaces>> (O'Malley y Mugford 1992: 57). En vista de esta nueva evaluación general del placer y la emoción mediante el consumo de sustancias, parece bastante improbable que en el futuro se produzca una reducción a largo plazo de la demanda general de estupefacientes o que se reduzcan las tensiones entre el punto de vista tradicional y el nuevo punto de vista entre la prohibición y la reducción de daños.

4. *Conocimientos sobre las drogas y la salud.* Los padres fundadores de la prohibición estaban convencidos de que los términos “drogas” y “salud” eran mutuamente excluyentes, en el sentido de que un organismo sano era por definición un organismo sin drogas: *mens sana in corpore sano*. El mayor conocimiento que se tiene actualmente sobre el consumo de drogas nos permite saber que las cosas son distintas: que ciudadanos responsables utilizan heroína o cannabis como beben vino o fuman cigarrillos, como parte de su vida diaria, en ocasiones de una forma excesivamente compulsiva, como un mal hábito, pero desde luego no de una forma alarmante que requiera un tratamiento jurídico totalmente distinto del que reciben las drogas más convencionales.

Hoy en día, no obstante, se sabe que no hay ninguna mente sana ni ningún cuerpo sano si no hay una cantidad suficiente de sustancias psicoactivas (naturales) en el sistema nervioso central de una persona (las drogas como la heroína, según sabemos ahora, no son dañinas *a priori* para el organismo, sino que forman parte integral del sistema). Dicho de otra forma, es más probable que una persona con la cantidad exacta de drogas esté sana que una persona que no tenga drogas *in mente* o *in corpore*.

5. *Fe en la economía dirigida.* Por si fuera poco, la confianza en la economía dirigida como sistema ha recibido graves golpes durante el último siglo. No es necesario citar el desastroso ejemplo de la <<economía planificada>> soviética para saber que no hay ninguna forma de evaluar y satisfacer las llamadas <<necesidades reales de la población>> desde un solo puesto de mando central. En toda economía dirigida hay una brecha entre la definición oficial y la existencia informal de <<necesidades>>, y si la dirección central persigue una visión excesivamente poco realista de esas necesidades, las necesidades reales encontrarán un sistema paralelo de oferta y demanda que podría competir fácilmente en cuanto a su tamaño y su eficacia con el sistema oficial.

## 5. Debate

Los conocimientos actuales suelen sustentar la idea de que las drogas prohibidas actualmente son lo suficientemente similares a las drogas legales como el alcohol, el cannabis y el tabaco como para tener el mismo estatus jurídico, lo que significaría (1) la revocación de la prohibición de las drogas, (2) la comercialización de drogas prohibidas hasta la fecha para permitir el acceso legal a esas drogas con fines recreativos, (3) la protección más eficaz posible de los menores, (4) información, prevención, tratamiento y rehabilitación de primera categoría para los usuarios con problemas.

En teoría, por supuesto, sólo podría conseguirse un tratamiento igualitario para las drogas ampliando la prohibición a las drogas recreativas que son legales actualmente. Dado los indiscutibles riesgos para la salud del alcohol y el tabaco, no se trata sólo de una cuestión retórica. En este momento, los que propugnan la reforma de las políticas sobre drogas dependen de dos cosas: el atractivo de sus argumentos normativos y los datos empíricos compatibles. El argumento normativo de que debería permitirse a las personas consumir las drogas que elijan mientras esas drogas puedan controlarse razonablemente por usuarios debe contar con el apoyo de datos empíricos que demuestren que el porcentaje de usuarios con problemas no es significativamente más alto en el caso de las drogas prohibidas que en el de las drogas legales. Otros argumentos que se utilizan con frecuencia como argumentos principales en los debates actuales deberían relegarse a un segundo plano: por ejemplo, el argumento de que incluir el cannabis y la cocaína

en las normas establecidas para el tabaco, en lugar de lo contrario, tiene varias ventajas que merece la pena mencionar una vez se haya hecho el trabajo moral. Aprendí eso de mi amigo Henner Hess (él mismo fumador en otros tiempos): en primer lugar, la política sobre el tabaco tiene la doble ventaja de (a) respetar los derechos civiles de los que están dispuestos a comercializar o utilizar la sustancia y (b) evitar las trampas asociadas con la prohibición como reliquia de la era de la economía dirigida. En segundo lugar, la prevención, el apoyo y el tratamiento no están subordinados al derecho penal y combinan los principios de la dignidad individual (solicitud voluntaria de ayuda) con los de la eficacia (documentada por los porcentajes de éxito). En tercer lugar, la estrategia realista y nada espectacular utilizada en el campo del tabaco no da lugar a la falta de credibilidad que caracteriza a la dramática estrategia utilizada para luchar contra las drogas ilegales, lo que permite restaurar la confianza en los servicios sociales y en las autoridades sociales y contribuye al éxito global de la política sobre el tabaco (por lo menos en comparación con la política sobre las drogas ilegales). Citar todos los datos posibles que demuestren el simple hecho de que la reducción de daños funciona mejor cuando se respetan los derechos humanos es absolutamente necesario; sin embargo, ésa no es la razón por la que es preciso y conveniente respetar esos derechos. El orden de prioridades debería estar claro y debería admitirse que en ocasiones hay que pagar un precio por ellas. Los partidarios de las reformas no conseguirán derrotar el discurso moral de los conservadores esquivando las cuestiones éticas y limitándose a señalar la ineficacia del sistema. Como es bien sabido, los conservadores morales no se molestarán en derogar una ley sólo porque es ineficaz mientras sepan que es su ley. Para conseguir una mayoría, habrá que demostrar que la prohibición contradice los principios básicos de la ética política que comparten los conservadores y los liberales. En otras palabras: será necesario convencer a los conservadores morales de que los valores que el régimen de prohibición mundial representa no son realmente los valores del tipo de sociedad en la que quieren vivir.

El ideal normativo que es más probable que compartan los liberales y los conservadores está relacionado con el concepto de *sociedad abierta*. Al contrario que las sociedades *cerradas*, las llamadas *sociedades abiertas* no se dedican a reglamentar directamente la vida privada: no hay una religión de Estado y el Estado no interfiere en las preferencias sexuales o de vida de los ciudadanos. Hay límites de edad, reglamentos

de seguridad y requisitos formativos que es preciso respetar, pero no hay una autoridad política que le diga a la gente en qué debe creer, qué actividades debe realizar, qué tipo de ropa debe llevar, qué debe comer o si debe o no consumir bebidas alcohólicas. Si consideramos la libertad de elección un elemento básico de la propia noción de libertad, se puede decir que las sociedades abiertas son sociedades libres en términos comparativos. En las sociedades abiertas, cualquiera puede ser un fanático religioso, ateo, un infiel o homosexual mientras no actúe de una forma que dañe a otras personas. En una sociedad abierta la libertad acaba cuando empieza a perjudicar a los demás. Como es bien sabido, este término no sólo fue inventado por un filósofo francés llamado Henri Bergson (1859-1941) y desarrollado por el filósofo austriaco Karl Popper (1902-1994) en su libro *La sociedad abierta y sus enemigos* (1945), sino que ya se ha utilizado en el contexto del debate sobre drogas en Estados Unidos por George Soros y The Lindesmith Center.

Sin embargo, para un buen número de observadores siempre ha parecido como si los argumentos morales se escondieran cuidadosamente en lugar de presentarlos con la valentía necesaria para utilizarlos en un mundo que se ha acostumbrado a la demonización de las drogas. Un debate sobre valores nunca ha sido una prioridad en el discurso de quienes han realizado campañas. En ocasiones parece haber cierto desdén por el debate de principios: parece demasiado amplio, demasiado radical, demasiado fundamentalista y demasiado utópico si se compara con el estrecho margen de referencia que ofrecen los predicadores de los medios de comunicación y la televisión. Con frecuencia parece que el pragmatismo reduce los argumentos morales hasta hacerlos invisibles. Quizá sea el momento de abrir un nuevo debate en el que se haga hincapié en el valor de la diversidad y la tolerancia en una sociedad abierta, y de relacionarlo con el derecho de los consumidores de cannabis y otras drogas prohibidas a disfrutar de la misma tolerancia que los fumadores de Marlboro dan por sentada. Debería invitarse a los consumidores de las distintas drogas a contribuir a la diversidad de estilos de vida, no fuera, sino dentro de la sociedad abierta.

Las sociedades abiertas no son estáticas, sino dinámicas, y no son abiertas de la misma forma para todos los grupos en todas las épocas. Las mujeres, las minorías étnicas y los homosexuales de la mayor parte de las sociedades occidentales son bastante conscientes de que,

incluso en una sociedad abierta con respecto al resto de cuestiones, algunos grupos tienen que luchar mucho para poder disfrutar de la igualdad de derechos. Puede tratarse de un pensamiento poco familiar para la mayoría de los ciudadanos normales, pero los consumidores de drogas también son una minoría excluida – y son los siguientes que deben luchar por sus derechos civiles. El objetivo de la lucha no será la reducción de daños dentro del marco de la prohibición, sino:

1. la abolición de la prohibición mundial para restaurar la soberanía nacional y la diversidad internacional en las políticas sobre drogas;
2. la abolición de los regímenes de prohibición nacionales en sociedades abiertas con el fin de tratar a los consumidores de drogas de conformidad con los principios éticos vigentes en esas sociedades.

Es el momento de que los críticos de la guerra contra las drogas reúnan la valentía necesaria para proclamar públicamente y con seriedad en esta sociedad con prejuicios que la discriminación y la persecución de personas con distintas preferencias en el campo de las drogas es una terrible vergüenza, un crimen, un pecado y totalmente impropio de cualquier sociedad civil abierta y libre. Y de repetir ese mensaje en todos los niveles de discurso y con todas las pruebas y argumentos filosóficos necesarios hasta que se les escuche.

## Repercussões político-criminais da desconsideração da equiparação do tráfico privilegiado como crime hediondo no sistema prisional feminino

19

*Elaine Pimentel<sup>1</sup>*

*Hugo Leonardo Rodrigues Santos<sup>2</sup>*

### 1. Introdução

A política criminal de repressão às drogas, no Brasil, notadamente nas últimas quatro décadas, teve repercussões diretas no fenômeno sociopolítico conhecido como grande encarceramento<sup>3</sup>. Pessoas condenadas por tráfico de drogas representam atualmente 27% da população carcerária brasileira, segundo Relatório do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) 2014<sup>4</sup>. Observando-se o fenômeno por um recorte de gênero, têm-se que 25% da população prisional masculina foi condenada por esse delito, enquanto que, em se tratando de mulheres presas, essa taxa sobe para a quantia de 63%<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Doutora em Sociologia pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Sociologia pela Universidade Federal de Alagoas. Professora da Universidade Federal de Alagoas. Coordenadora do Núcleo de Estudos e Políticas Penitenciárias. Vice-coordenadora do Núcleo de Estudos sobre a Violência em Alagoas.

<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Universidade Federal de Alagoas e do Centro Universitário CES-MAC. Coordenador Estadual do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM em Alagoas. Pesquisador do Núcleo de Estudos Sobre a Violência de Alagoas – NEVIAL.

<sup>3</sup> GARLAND, David. **Mass imprisonment: social causes and consequences**. London: Sage, 2001.

<sup>4</sup> DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: junho de 2014. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 04/07/2016.

<sup>5</sup> Idem.

Em tempos de uso equivocado da pena privativa de liberdade como política de prevenção da criminalidade, a opção ideológica do enfrentamento às drogas pela via da repressão penal impacta na produção legislativa, bem como na interpretação e na aplicação das normas penais. Desse modo, o viés punitivista da administração da vida social é reforçado, especialmente com relação aos segmentos mais pobres da população, para quem são direcionadas as mais fortes políticas de repressão à criminalidade urbana<sup>6</sup>. Abre-se, então, um campo fértil para a atuação dos órgãos de segurança pública – notadamente as polícias –, as quais protagonizam uma verdadeira caça às bruxas, em nome da guerra ao tráfico de drogas.

As discussões contemporâneas sobre as drogas são marcadas, necessariamente, pela interdisciplinaridade. De fato, o comércio ilícito de entorpecentes e a produção das normas proibitivas delineadas politicamente, precisam ser pensados em conexão com a dimensão do consumo que os mobilizam, assunto esse que desperta interesses em diversos campos do saber, a exemplo da medicina<sup>7</sup>, da sociologia<sup>8</sup> e da psicanálise<sup>9</sup>. Em todas essas perspectivas, há aspectos político-ideológicos que não podem ser olvidados, quando se procura entender a questão na sua complexidade: classe, raça, geração e gênero. Essas variáveis, quando pensadas em conexão, lançam luzes sobre a forma como o Estado conduz suas práticas repressivas de maior visibilidade social, direcionadas seletivamente à juventude negra das periferias. Revelam também a pouca atenção dada a uma dinâmica discreta e subterrânea, bastante relevante para a compreensão do problema que pretendemos evidenciar: a participação feminina no tráfico de drogas<sup>10</sup> e o consequente aprisionamento em massa das mulheres, em razão desse crime.

De fato, a condição feminina no sistema de justiça penal é historicamente subvalorizada, tanto na legislação como na política

<sup>6</sup> WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva). Rio de Janeiro: Revan, 2007. GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

<sup>7</sup> MESQUITA, Fábio; SEIBEL, Sérgio (orgs.). **Consumo de drogas**: desafios e perspectivas. São Paulo: Hucitec, 2000.

<sup>8</sup> BERGSON, Henri. **Sociologia da droga**. Aparecida: Idéias & Letras, 2012.

<sup>9</sup> MAFRA, Taciana de Melo. **A toxicomania e sua relação com a adolescência**. Rio de Janeiro: Cia de Freud, 2009.

<sup>10</sup> COSTA, Elaine Cristina Pimentel. **Amor bandido**: as teias afetivas que envolvem a mulher no tráfico de drogas. 2 ed. Maceió: Edufal, 2008.

criminal, o que envolve a execução das penas privativas de liberdade e, conseqüentemente, as dinâmicas do cárcere. Um dos fatores que parece preponderar nessa realidade é a forte influência da cultura patriarcal na organização da vida social, o que repercute diretamente na estrutura punitiva, direcionada prioritariamente para os homens e, de forma apenas adaptada, para as mulheres<sup>11</sup>. O fato de que as mulheres representam uma pequena parcela do todo de pessoas encarceradas – a população carcerária masculina sempre foi, em todo o mundo, numericamente mais expressiva – talvez seja o fator analítico mais relevante para a compreensão da perspectiva androcêntrica que orienta as políticas criminais no Brasil<sup>12</sup>.

Todavia, a constatação de que o aumento percentual da população carcerária feminina é proporcionalmente maior ao da masculina nos últimos anos, e ademais, que a condenação por tráfico é a principal causa do aprisionamento de mulheres, suscita diversos questionamentos acerca dos efeitos concretos da aplicação da pena privativa de liberdade, como política criminal preventiva de enfrentamento às drogas. Essa postura cética surge, sobretudo, quando se levam em consideração as razões e as formas de envolvimento das mulheres no tráfico de drogas, cujas ações comumente configuram o delito de tráfico privilegiado – aquele praticado por réu primário, de bons antecedentes, que não se dedica às atividades criminosas, nem integra organização criminosa<sup>13</sup>.

Por ser equiparado constitucionalmente aos crimes hediondos, o tráfico de drogas, ainda que na modalidade privilegiada, é destinatário dos rigores impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro pela hediondez, o que tem reflexos na impossibilidade de concessão de benefícios penais dispostos na Lei nº 7.201/84 (Lei de Execução Penal), como indulto e comutação de pena, além de impor requisitos mais rígidos para a progressão de regime prisional. Assim, é possível

<sup>11</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da Criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2014. MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista**: novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>12</sup> CHERNICHARO, Luciana Peluzio. **Sobre Mulheres e Prisões**: seletividade de gênero e crime de tráfico de drogas no Brasil. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: UFRJ, 2014. Disponível em: <[http://www.neip.info/upd\\_blob/0001/1565.pdf](http://www.neip.info/upd_blob/0001/1565.pdf)>. Acesso em 02/07/2016.

<sup>13</sup> Art. 33, § 4º da Lei 11.343/06.

afirmar que o cumprimento da pena privativa de liberdade por tráfico de drogas é bastante rigoroso, tanto para homens como para mulheres.

Este texto, partindo de uma análise da atual política criminal de drogas no Brasil, delineada pelas prescrições da Lei nº 11.343/06, avalia os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 118.533, que afasta os efeitos da hediondez em relação ao tráfico de drogas na modalidade privilegiada. O objetivo é demonstrar como essa decisão pode impactar positivamente na redução dos efeitos nocivos do encarceramento em massa de mulheres que não participam diretamente das organizações criminosas que tecem as teias do tráfico de drogas.

## 2. A Lei nº 11.343/06 e o futuro (do pretérito) da política criminal de drogas

Em outubro de 2016, a última legislação brasileira pertinente à política de drogas ilícitas (Lei nº 11.343/06) completará uma década de vigência. O momento é propício, portanto, para uma reflexão sobre os reflexos advindos da edição dessa lei no sistema punitivo pátrio. Entretanto, mais que uma observação asséptica – puramente normativa –, é necessário empreender uma análise que leve em conta, sobretudo, as práticas punitivas e políticas concretas, engendradas a partir desse novo modelo.

À primeira vista, a referida lei poderia ser entendida como uma vitória, rumo à construção de uma política criminal mais adequada a um Estado Democrático de Direito. Ao ser comparada apressadamente com a Lei nº 10.409/2002 e, principalmente, com a Lei nº 6.368/76, as quais a precederam, o novo regramento parecia ser verdadeiramente um grande avanço. A atenção dada à questão preventiva – com a estruturação do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), pautado por princípios humanitários e concernentes com uma visão menos histórica sobre o problema das drogas ilícitas<sup>14</sup> – poderia iludir o intérprete mais precipitado. Além disso, a previsão de redução de pena para os casos de tráfico de drogas nos quais o acusado fosse primário e de bons antecedentes, sem vínculos com atividades ou organizações criminosas – figura típica que foi denominada como tráfico de drogas privilegiado<sup>15</sup> – também faria um incauto pensar de forma demasiado

<sup>14</sup> Art. 4º da Lei n. 11.3443/06.

<sup>15</sup> Art. 33, §4º da Lei n. 11.3443/06.

otimista sobre a nova lei. No mais, a cominação de penas não privativas de liberdade para o tipo de porte para consumo pessoal foi comemorada com entusiasmo por alguns autores, alguns dos quais chegaram a afirmar que teria havido uma *descriminalização formal* com relação a essa conduta<sup>16</sup>.

Não obstante, passado esse entusiasmo inicial, o horizonte que se descortinou com o novo cenário normativo não foi dos mais tranquilizadores. Nada de céu de brigadeiro: os mais atentos logo vislumbraram tempos de turbulência. Naturalmente, o futuro que se prenunciava não poderia estar desconectado da cultura repressiva já bem sedimentada, com relação à questão das drogas. Isso porque as expectativas sempre se entrelaçam com a experiência<sup>17</sup>, e a tradição punitivista, existente há tempos no trato das drogas ilícitas, ainda está muito longe de ser superada. A punição ao comércio de entorpecentes é uma verdadeira instituição social, um produto histórico<sup>18</sup>, e como tal, possui uma certa resiliência a mudanças. Desse modo, são absolutamente paliativos os benefícios legais eventualmente criados, se desacompanhados de uma mudança substancial na cultura institucional<sup>19</sup>. Ademais, seria uma postura muito *naïve* esperar que tais práticas cambiassem subitamente, simplesmente em razão de um novo contexto de normas jurídicas. Nesse sentido, é conveniente lembrar que muitas legislações recentes, que foram editadas com um objetivo claro de restrição do poder punitivo, terminaram paradoxalmente estimulando resultados inversos, de expansão do sistema criminal<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de drogas comentada**, 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 121.

<sup>17</sup> KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p.308.

<sup>18</sup> Para uma mirada na construção histórica do discurso utilizado para a criminalização das drogas, nas últimas décadas: OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

<sup>19</sup> Mais detalhes sobre a necessidade de se compreender a punição como uma complexa instituição social: GARLAND, David. **Punishment and modern society**. Oxford: Oxford University press, 1993, p. 281-283.

<sup>20</sup> Isso ocorreu, por exemplo, com as Leis nº 9.099/95 e 12.403/11. Sobre o tema, ver respectivamente: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. MORAES, Thiago Mota de. **A democraticidade como instrumento de limitação e legitimação do aprisionamento cautelar**: uma proposta de contenção do fenômeno de inversão do sistema penal. Dissertação de mestrado. Recife: UFPE, 2016.

Começando pela questão do tratamento dado ao tipo penal do porte para consumo pessoal. Em decisão publicada já no ano seguinte de 2007, a Corte Suprema não tardou a esclarecer, para aqueles que ainda criam em uma descriminalização, que tinha havido tão-somente uma despenalização<sup>21</sup>. Evidente que, para afirmar isso, nem seria necessário se recorrer a tal *decisum*, bastaria prestar atenção ao fato de que os efeitos estigmatizantes, decorrentes da utilização do paradigma penal para os casos de uso de drogas, ainda se mantiveram presentes, ainda que atenuados pela evitação da prisão. Em outras palavras, a discussão mais aprofundada sobre a questão, concernente à inconstitucionalidade da tipificação do porte para consumo, foi ignorada. Os argumentos nesse sentido são bastante fortes, como por exemplo o da proibição de punição de autolesões, que veda a penalização de condutas não lesivas a terceiros<sup>22</sup>. O legislador penal poderia ter promovido uma verdadeira *abolitio criminis* com relação a essa conduta, caso estivesse atento aos clamores da política de drogas mais recomendável<sup>23</sup>.

Contudo, parece que a faceta mais perniciosa dessa legislação foi a insistência em não se distinguir de forma clara o que seriam, exatamente, as figuras normativas do traficante e do usuário de drogas. Como já observado pela doutrina, a definição cristalina da conduta ensejadora da punição mais severa é essencial para que sejam evitados juízos arbitrários. Essa diferenciação poderia ser efetuada, entre outros aspectos, por meio da definição da quantidade de tóxicos penalmente relevante<sup>24</sup>. Para piorar, o delito de tráfico de entorpecentes é definido com a conjunção de várias condutas, “com diferentes valorações negativas, com diferentes graus de censurabilidade e com diversos graus de ofensividade. A nova lei repete a falta de técnica legislativa e inclui no art. 33 tudo o que possa ser relacionado com o tráfico”<sup>25</sup>. A ausência desses critérios seguros induz os operadores

<sup>21</sup> RE 430105 STF.

<sup>22</sup> QUEIROZ, Paulo et ali. **Comentários críticos à lei de drogas**, 3ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 45.

<sup>23</sup> Atualmente, a inconstitucionalidade da criminalização do porte para consumo está em discussão no Supremo Tribunal Federal. Ver RE 535.659 STF.

<sup>24</sup> KARSAI, Krisztina. As questões fundamentais de uma legislação penal sobre drogas. **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 92. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 109.

<sup>25</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Análise crítica da problemática das drogas e a Lei nº 11.343/06. **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 71. São Paulo:

do sistema punitivo a subsumir as condutas, considerando-as sempre como sendo condizentes com as do crime mais grave de tráfico, “em decorrência dos vícios advindos do dogmatismo jurídico e da expansão do senso comum punitivo”<sup>26</sup>. Tal tendência terminou por aprofundar a seleção punitiva, no sentido de se classificar como traficantes, preferencialmente, aqueles que apresentam os estereótipos de delinquentes, reproduzidos diuturnamente pela sociedade: via de regra, jovens negros e favelados<sup>27</sup>.

A elevação da pena mínima para o crime de tráfico de drogas<sup>28</sup> também contribuiu muito para a ocorrência do efeito colateral, consistente no enorme aumento da população carcerária brasileira. Nesse sentido, o crescimento dos índices de encarceramento se acelerou bastante, após a edição da nova lei. Entre 2008 e 2014, a taxa de aprisionamento brasileira sofreu um crescimento de 33%<sup>29</sup>, sendo que hoje o país se apresenta como um dos quatro com maior população prisional do mundo. Esse agigantamento súbito, obviamente desacompanhado de políticas penitenciárias suficientes, ocasionou problemas seríssimos. Tanto, que o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de um estado de coisas inconstitucional, observando que o sistema prisional brasileiro dava ensejo a violações generalizadas e reiteradas de direitos fundamentais dos presos, no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica<sup>30</sup>. Frise-se que a utilização excessiva das penas de prisão não resultou na tão desejada prevenção da violência, não tendo surtido os efeitos dissuasórios esperados, e tão propagados pela doutrina penal. O que não é nenhuma surpresa,

Revista dos Tribunais, 2008, p. 194.

<sup>26</sup> CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei nº 11.343/06, 5ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 201.

<sup>27</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Diffíceis ganhos fáceis**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de droga. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

<sup>28</sup> A pena mínima, que anteriormente era de 3 anos, passou a ser de 5 anos. Art. 33 da Lei nº 11.343/06.

<sup>29</sup> DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: Junho de 2014. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-ver-sao-web.pdf>>. Acesso em: 04/07/2016.

<sup>30</sup> ADPF 347 STF.



caso se observe a questão pelo ângulo da criminologia, que há muito tempo se preocupa em denunciar a inutilidade do discurso – por vezes extremamente sedutor para a sociedade – do punitivismo desmedido<sup>31</sup>.

No que diz respeito ao encarceramento feminino, esse aumento populacional foi ainda maior<sup>32</sup>. Além disso, a situação das mulheres aprisionadas apresenta peculiaridades que muitas vezes são ignoradas, em razão da população total ainda possuir um número absoluto bem inferior dos presos masculinos. O grupo de mulheres presas pode ser considerado, por essa razão, ainda mais esquecido e carente de políticas, pois são as excluídas entre os excluídos do conjunto mais amplo de presos brasileiros. Justamente por esse motivo, trata-se de um tema que merece uma atenção especial do campo de estudos criminais. Assim, interessa observar com mais cuidado os reflexos do aprisionamento feminino decorrente dos crimes de drogas para, em seguida, tecer considerações sobre a recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a descaracterização da equiparação do delito de tráfico de drogas, quando cabível o benefício da minoração da pena do art. 33 §4º da Lei nº 11.343/06, ao crime hediondo.

### 3. Reflexos negativos do encarceramento massivo das mulheres condenadas por tráfico de drogas

De acordo com os dados do *World Female Imprisonment List*, do *International Centre for Prison Studies*<sup>33</sup>, em 2014, o Brasil possuía a quinta maior população carcerária feminina do mundo, com 37.380 mulheres presas, o que corresponde a 6,4% da população carcerária do País. Os dados do DEPEN corroboram essa afirmação:

Segundo os últimos dados de junho de 2014, o Brasil conta com uma população de 579.781 pessoas custodiadas no Sistema Penitenciário, sendo 37.380 mulheres e 542.401 homens. No período de 2000 a 2014, o aumento da população feminina foi de 567,40%, enquanto a média de

<sup>31</sup> SANTOS, Hugo Leonardo R. **Estudos críticos de criminologia e direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 83-84.

<sup>32</sup> PIMENTEL, Elaine. O grande encarceramento por uma perspectiva de gênero. ALMEIDA, Luiz Sávio de et alii (org.). **Direito, sociedade e violência**: reflexão sobre Alagoas. Maceió: Edufal, 2015, p. 109.

<sup>33</sup> Dados disponíveis em: <<http://www.prisonstudies.org/country/brazil>>. Acesso em: 04/07/2016.

crescimento masculino, no mesmo período, foi de 220,20%, refletindo, assim, a curva ascendente do encarceramento em massa de mulheres no Brasil.<sup>34</sup>

As cifras são bastante representativas da realidade crescente do encarceramento de mulheres, já que a taxa de aumento do aprisionamento feminino é 257,67% maior do que a dos homens. Esse panorama da realidade deve ser ponderado, quando do planejamento e da execução de políticas criminais. Essas metas exigem ações articuladas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, todos eles protagonistas das omissões históricas, no trato das questões de gênero que rondam a dinâmica do crime, da justiça penal e da execução da pena – sobretudo quando se leva em consideração que o tráfico ilícito de entorpecentes é o crime que mais leva mulheres à prisão.

As estatísticas do DEPEN<sup>35</sup> apontam ainda que, no ano de 2014, 58% das mulheres estavam presas por tráfico de drogas privilegiado, percentual esse seguramente superior em 2016. Os números indicam a emergência de se pensar com maior atenção os sentidos e os efeitos sociais e subjetivos do aprisionamento das mulheres, principalmente diante das peculiaridades da atuação feminina nas redes do tráfico, raramente protagonistas, o que é reconhecido pelo próprio Poder Público nas ponderações sobre os dados oficiais dispostos no Levantamento do DEPEN acerca do encarceramento feminino:

Em torno de 58% dessas mulheres possuem vinculação penal por envolvimento com o tráfico de drogas não relacionado a grandes redes de organizações criminosas. A maioria dessas mulheres ocupa uma posição coadjuvante nesse tipo de crime, realizando serviços de transporte de drogas e pequeno comércio; muitas são usuárias, sendo poucas as que exercem atividades de gerência do tráfico.<sup>36</sup>

Há, de fato, peculiaridades na participação feminina no tráfico. Como já dito, suas condutas, na maioria dos casos, configuram o

<sup>34</sup> DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN Mulheres)**: Junho de 2014. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: 02/07/2016.

<sup>35</sup> Idem, p. 5.

<sup>36</sup> Idem, p. 5.

tipo penal do tráfico privilegiado, pois apesar de praticarem fatos típicos previstos no § 1º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, são primárias, possuem bons antecedentes, não têm dedicação às atividades criminosas, nem tampouco integram organização criminosa, o que implica, portanto, a incidência do §4º do mesmo dispositivo, que prevê redução de pena.

São múltiplos e complexos os fatores que levam as mulheres ao tráfico. Na condição socioeconômica contemporânea, fatores como a precarização das relações de trabalho, aliada às demandas materiais da família e ao envolvimento afetivo com companheiros que atuam nas redes de tráfico<sup>37</sup> precisam ser levados em consideração, quando do julgamento dessas mulheres, sobretudo para a dosimetria da pena. Já na fase de execução, a condição de equiparado a crime hediondo atribuído ao tráfico de drogas tem implicações no tempo de cumprimento da pena, levando a períodos mais longos de encarceramento – o que, apesar de por vezes satisfazer aos anseios punitivistas de uma sociedade apavorada pelo medo da criminalidade urbana violenta, diretamente associada às redes do tráfico de drogas, nada contribui para a efetiva prevenção à criminalidade.

É preciso lembrar que a função exemplar da pena, que fundamenta a ilusão da prevenção geral ao crime, já era questionada no olhar clássico de Beccaria<sup>38</sup> sobre as penas expiatórias e, mais recentemente, nos estudos de Michel Foucault<sup>39</sup> acerca da história do nascimento das prisões, no contexto de uma sociedade de controle. Além deles, muitos outros estudiosos contemporâneos problematizam os usos da pena para fins de prevenção à criminalidade, já que nem o recrudescimento das práticas punitivas, nem tampouco o seu efeito imediato de encarceramento em massa, são capazes de provocar a redução das taxas de crimes ou mesmo garantir maior segurança à sociedade<sup>40</sup>. Reflexões dessa natureza levam a uma visão menos ilusória sobre as supostas vantagens do trato punitivo das mulheres envolvidas no crime

<sup>37</sup> COSTA, Elaine Cristina Pimentel. **Amor bandido**: as teias afetivas que envolvem a mulher no tráfico de drogas. 2 ed. Maceió: Edufal, 2008.

<sup>38</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>39</sup> FOUCAULT, Michel **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões, 25ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

<sup>40</sup> WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

de tráfico de drogas, pois demonstram quão falacioso é o discurso da prevenção que fundamenta a política criminal punitivista, principalmente quando acompanhado do discurso mítico da reintegração social pelo encarceramento<sup>41</sup>. Resta, então, o reconhecimento de que a pena é, portanto, castigo *per se*, ou seja, a instituição social da punição, resposta repressiva da sociedade pela violação de uma norma jurídica.

Mas não se pode negar que a pena produz efeitos sociais concretos, embora não necessariamente aqueles que florescem nos discursos punitivistas em busca de sua legitimidade<sup>42</sup>. No caso do aprisionamento crescente das mulheres nas circunstâncias aqui expostas – tráfico privilegiado –, ao contrário do que o Estado e a sociedade esperam com o trato punitivo rígido, há desdobramentos sociais nefastos, os quais precisam ser pensados para avaliar amplamente os efeitos da política criminal de enfrentamento às drogas insculpido pela Lei nº 11.343/06. Leve-se em consideração que, de acordo com o Relatório Anual Socioeconômico da Mulher<sup>43</sup>, da Secretaria de Política para as Mulheres, da Presidência da República, as mulheres representam 42,7% das chefias de família sem cônjuge. Dessa realidade social, conclui-se que a segregação típica da pena privativa de liberdade deixa em condição de vulnerabilidade milhares de crianças e adolescentes delas dependentes – afetiva e materialmente –, o que termina por contribuir para a composição de um novo ciclo de criminalização, constituído ao redor das novas gerações.

Portanto, ao invés de prevenir e evitar novos crimes, o recrudescimento da política criminal de enfrentamento às drogas acaba tendo efeitos sociais contrários aos eventualmente pensados pelos legisladores e pelos julgadores nos casos concretos, sobretudo quando se trata da participação feminina no tráfico privilegiado. Certamente, porque as circunstâncias de participação das mulheres nas dinâmicas do tráfico

<sup>41</sup> PIMENTEL, Elaine. Reintegração social: a dialética entre a estrutura prisional e os sujeitos. VASCONCELOS, Ruth (org.). **Violência, violação dos direitos humanos e seus efeitos na construção de uma sociedade democrática**. Maceió: Edufal, 2015, p. 177-190.

<sup>42</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

<sup>43</sup> SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. **Relatório Anual Socioeconômico da Mulher**. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/sobre/publicacoes/publicacoes/2013/raseam-interativo>>. Acesso em: 05/07/2016.

de drogas não estavam na agenda pública, quando da concepção das políticas antidrogas consubstanciadas na Lei nº 11.343/06.

Além da dimensão sociopolítica do encarceramento em massa de mulheres, por força das medidas adotadas no Brasil, é preciso também refletir sobre o encarceramento em si, ou seja, sobre o que se passa nas prisões femininas. A percepção de que os discursos de reintegração social não resistem a um breve olhar sobre o parco conjunto de políticas públicas penitenciárias voltadas para mulheres condenadas parece ser um passo inicial para a análise da questão carcerária como um todo, principalmente com a violação histórica e generalizada de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro, como acertadamente reconheceu o Supremo Tribunal Federal na ADPF 347/2015, que evidenciou, em voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki, a situação de precariedade generalizada no sistema prisional, em suas estruturas físicas, políticas de saúde, na educação profissionalizante, na segurança e tantos outros aspectos.

Lacunas referentes às especificidades do encarceramento feminino são antigas, o que se torna evidente quando da avaliação da própria construção legislativa acerca do tratamento dado às mulheres no sistema prisional. Na legislação internacional, enquanto a questão carcerária recebe destaque – por meio das Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos da ONU, editadas em 1955, e que abrangem aspectos gerais do aprisionamento de homens e mulheres, sem a devida atenção às questões de gênero –, o destaque à condição das mulheres presas só recebeu a devida visibilidade em 2010, por meio das Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras – as Regras de Bangkok. Essa imensa distância cronológica entre as duas legislações representa bem a forma como a atenção humanitária ao cárcere demorou a considerar as demandas da dimensão feminina do encarceramento. Mesmo quando o fez, tão tardiamente, deixou de contemplar aspectos relevantes atinentes a reintegração social – a exemplo da qualificação para o trabalho que proporcione efetivo sustento e de políticas de reinserção no mercado de trabalho.

No que diz respeito às normas internas, as lacunas se sucedem. O fato de haver presídios femininos separados dos masculinos, aliado a existência de algumas distinções de gênero referentes ao sistema prisional na Constituição e na Lei de Execução Penal, não significam que as demandas típicas do aprisionamento feminino sejam evidenciadas

das e consideradas, quando do planejamento e execução de políticas públicas para o cárcere e para a vida pós-prisão<sup>44</sup>.

Além disso, o visível aumento da população carcerária em todo o País não é acompanhado de investimentos estruturais e de pessoal compatíveis com essa realidade, de modo que a superpopulação tanto proporciona danos à saúde física e mental das presas, como também impede a efetiva individualização da pena, constitucionalmente garantida. Portanto, o caráter massivo do aprisionamento – que recai fortemente sobre as mulheres condenadas por tráfico de drogas –, tanto se refere ao grande encarceramento como opção política de enfrentamento à criminalidade, como também diz respeito ao trato em massa das pessoas encarceradas. Consequentemente, a tendência é que os efeitos da prisionização – apontados por Donald Clemmer<sup>45</sup> como condição de aculturação inerente à condição de aprisionamento –, sejam acentuados, pois aumentam os sofrimentos e as dores da prisão.

Outro aspecto relevante para se compreender os reflexos negativos do aprisionamento em massa das mulheres condenadas à prisão em circunstâncias de tráfico privilegiado de drogas diz respeito às rotinas cotidianas e aos rituais típicos da prisão, os quais levam ao que Goffman<sup>46</sup> chama de mortificação do *self* – um processo de perda de elementos identitários originários da vida em liberdade e a aquisição de um modo de ser da prisão, com linguagem própria e práticas específicas das instituições totais. Uma das dimensões da deterioração das identidades das mulheres, provocada pela segregação do encarceramento, é a fragilização ou mesmo ruptura dos laços com a comunidade de origem, o que envolve as relações familiares e os vínculos de trabalho. Essas duas dimensões da vida social são frontalmente afetadas, já que são elas, em sua grande maioria, chefes de família e responsáveis pelos cuidados afetivos e materiais dos filhos.

Isso significa que os efeitos produzidos pela experiência do encarceramento, principalmente quando estamos diante de condições indignas como as que compõem a realidade carcerária brasileira,

<sup>44</sup> PIMENTEL, Elaine. **As mulheres e a vivência pós-cárcere**. Maceió: Edufal, 2015.

<sup>45</sup> CLEMMER, Donald. **Prision Community**, 2ªed. Nova Iorque: Holt, Rinehart and Winston, 1958.

<sup>46</sup> GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2003.

impactam não somente na objetividade da condução da vida social – notadamente pela ausência materna, muitas na qualidade de chefes de família – como também na subjetividade de cada uma dessas mulheres, para sempre estigmatizadas socialmente e, na maioria dos casos, com grandes dificuldades de resgate de vínculos afetivos anteriormente existentes.<sup>47</sup>

Se por um lado, a vingança pública concretizada pela via da punição a toda e qualquer pessoa direta ou indiretamente envolvida nas redes do tráfico de drogas atende aos clamores sociais por uma pretensa sensação de segurança e pela harmonia social, por outro a realidade do aprisionamento de mulheres nessas circunstâncias revela efeitos nocivos para a própria sociedade. Nesse sentido, a afirmação de Vanessa Barros<sup>48</sup>, de que a invisibilidade do lado interno da prisão faz a sociedade pensar que o problema social da criminalidade está resolvido com a colocação de criminosos e criminosas na prisão, é bastante pertinente nesse cenário. Trata-se efetivamente de uma ilusão, de uma falsa sensação de segurança, que atende aos clamores da sociedade contemporânea, ávida por mais castigo e pouco comprometida com a prevenção efetiva à criminalidade.

Todos esses fatores, de ordem sociológica, são fundamentais para que se possa reconhecer a relevância da decisão do Supremo Tribunal Federal que afastou o caráter hediondo do crime de tráfico privilegiado, algo que impacta na redução do tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade das mulheres condenadas por esse delito e possibilita a concessão dos benefícios de indulto e comutação da pena.

#### 4. A desconsideração da equiparação do tráfico de entorpecentes privilegiado ao crime hediondo (HC 118.533 STF) e suas repercussões na política criminal de drogas

Feitas as observações precedentes, sobre os reflexos negativos do encarceramento massivo das mulheres condenadas por

<sup>47</sup> PIMENTEL, Elaine. **As mulheres e a vivência pós-cárcere**. Maceió: Edufal, 2015.

<sup>48</sup> BARROS, Vanessa. Estão todos presos, e agora? MATTOS, Virgílio *et al* (orgs.). **Desconstruindo práticas punitivas**. Belo Horizonte: Grupo de Amigos e Familiares de Pessoas em Privação da Liberdade/Cress 6ª Região, 2012.

tráfico de drogas – sobretudo com relação às que possuem os requisitos do art. 33 §4º da Lei nº 11.343/06, para a concessão de redução de pena –, parece evidente a necessidade de um novo direcionamento político-criminal para a questão. Os efeitos da prisionização parecem piorar a possibilidade de se atingir as metas idealizadas pela legislação criminal, motivo pelo qual se fazem recomendáveis medidas despenalizadoras. Não há racionalidade em se insistir na realização de práticas punitivas que comprovadamente se afastam dos objetivos preventivos, almejados pelo sistema criminal. Nesse sentido, é necessário lembrar a lição de Claus Roxin, no sentido de que não pode haver uma dissociação entre a dogmática penal e as finalidades políticas almejadas pelo Direito. Isso, porque “o direito penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica”<sup>49</sup>.

Muitas vezes, os novos direcionamentos político-criminais surgem impulsionados pela edição de normas jurídicas, numa atividade política *de lege ferenda*. No caso do sistema brasileiro, certas alterações normativas seriam muito bem-vindas, desde que estruturadas seguindo o modelo liberal de um direito penal democrático, a exemplo do que vem ocorrendo em outros ordenamentos<sup>50</sup>. Contudo, o atual cenário político-jurídico do país não dá margem para que se nutram esperanças de surgir um movimento dessa ordem. Principalmente com relação ao tema das drogas que, em certa medida, ainda é um verdadeiro tabu – sendo sempre discutido, no senso comum, com uma boa dose de moralismo e argumentos simplificadores. A defesa popular de um maior rigor contra as drogas se alimenta de premissas nem sempre bem refletidas ou justificadas empiricamente, como a ideia contestável de que a proibição aumenta a segurança cidadã – quando na verdade se incrementa o poder do tráfico de drogas, sem a desejada inibição do consumo. Por isso, podem ser notados claramente no contexto atual alguns dos catalisadores da expansão penal estudados por Silva Sanchez, os quais se evidenciam no trato

<sup>49</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 82.

<sup>50</sup> Para um estudo aprofundado da política criminal de drogas de Portugal, que costuma ser lembrado nas discussões brasileiras sobre o tema, ver: FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis. **Consumo de drogas: uma análise crítica da política luso-brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

político da questão das drogas, como a sensação difusa de insegurança e a eclosão dos gestores atípicos da moral<sup>51</sup>.

Por essa razão, o papel dos operadores do direito acaba se tornando de crucial importância, pois esses são capazes de redefinir as políticas criminais, por meio de uma postura inovadora, no que diz respeito à interpretação das regras jurídicas. Cumpre lembrar que, ao agirem dessa forma, não estariam inopinadamente violando o princípio da legalidade penal. Ora, o direito penal é construído por normas cujos significados são extraídos por meio da interpretação, diante dos valores previstos no sistema criminal delineado pela Constituição. Esse é o sentido político do direito penal, que permite decisões que limitem o poder punitivo, sempre que justificadas pela situação concreta e baseadas, inexoravelmente, na estrutura normativa que lhes serve de guia<sup>52</sup>.

Ocorre que infelizmente não é tão frequente que os atores do sistema punitivo se utilizem das ferramentas jurídicas disponíveis para a ampliação do âmbito de liberdade, na interpretação das normas penais. Ao invés disso, em regra, reproduzem de forma automatizada a cultura punitivista, afastando-se ainda mais dos objetivos preventivos indicados no próprio ordenamento jurídico. Assim, “o cenário de permanência da mentalidade inquisitória e de resistência das agências de repressão penal ao processo de democratização apresenta-se como terreno fértil para incorporação do punitivismo, nas políticas institucionais e no agir dos atores que as instrumentalizam”<sup>53</sup>. Por isso, a interpretação adequada dos institutos jurídicos – bem como a utilização de medidas desencarceradoras – requer uma conscientização dos próprios operadores do direito, apercebendo-se de que estão inseridos em uma tradição autoritária. Se não tiverem essa preocupação, os juízes criminais podem acabar, conscientemente ou não, esvaziando o conteúdo libertador do dispositivo legal<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>52</sup> BRANDÃO, Cláudio. Significado político-constitucional do direito penal. PRADO, Luiz Regis (Coord.). **Direito penal contemporâneo**: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 128.

<sup>53</sup> CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**: o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 98.

<sup>54</sup> PRADO, Geraldo; CASARA, Rubens. Dispositivos legais desencarceradores: o óbice hermenêutico. ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti

Porém, existem alguns exemplos positivos que poderiam ser citados, de mudanças político-criminais advindas de novas interpretações das regras penais, por meio de um uso alternativo do direito penal. Antes de fazer referência a eles, cumpre lembrar que o tráfico de drogas foi equiparado aos crimes hediondos, proibindo-se a concessão de uma série de benefícios aos condenados por aquele delito<sup>55</sup>. A redação original da Lei de crimes hediondos previa que a pena para os crimes dessa natureza e a ele equiparados deveria ser cumprida em regime integralmente fechado. Tal regra violava frontalmente o princípio constitucional da individualização da pena, ao partir do pressuposto de que haveria uma gravidade a priori, nos crimes com essa definição, que justificaria impossibilitar o magistrado de adequar o *quantum* da reprimenda penal à lesividade da conduta praticada. A doutrina denunciou essa inconstitucionalidade desde a publicação da lei especial<sup>56</sup>. Contudo, apesar da existência de decisões isoladas, prevaleceu no sistema criminal o entendimento jurisprudencial majoritário, no sentido de que a norma referida não seria inconstitucional, podendo ser executada a pena integralmente no regime mais rigoroso, sem a possibilidade de concessão do benefício da progressão. Esse posicionamento durou até o julgamento do HC 82.959, pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2006. O *leading case* revisou o entendimento da Corte, possibilitando a concessão de progressão de regime para os crimes hediondos e equiparados, entre os quais inclui-se o tráfico de drogas.

A partir desse ponto, e com a finalidade de garantir a proporcionalidade da progressão para os crimes hediondos, o legislador penal editou a Lei nº 11.464/07, que alterou o regime de progressão para os delitos dessa natureza, dispondo que a pena imposta deveria ser cumprida inicialmente – e não mais integralmente – no regime fechado, e que o tempo de cumprimento para a progressão seria maior que aquele exigido para os demais delitos – 2/5 para condenados primários e 3/5 para reincidentes<sup>57</sup>. Entretanto, a exigência de o

(orgs.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 355.

<sup>55</sup> Art. 2º da Lei nº 8.072/90.

<sup>56</sup> Por todos: FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 207-215.

<sup>57</sup> Art. 2º, §§ 1º e 2º da Lei nº 8.072/90.

regime inicial ser necessariamente o fechado ainda violava os preceitos da individualização da pena, gerando críticas por parte da doutrina. Por isso, no ano de 2012, o Supremo Tribunal Federal reconheceu as ressalvas e uma vez mais revisou seu entendimento, por meio do Acórdão do HC 111.840. Segundo esse precedente, o regime inicial fechado teria que ser fundamentado, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, contudo, nada obstaría a imposição de regime inicial menos severo, se estiverem presentes as condições para tanto.

Todas essas mudanças político-criminais foram impactantes para os crimes de drogas e, muito embora não tenham sido suficientes para a redução da população carcerária, certamente evitaram que a situação do sistema prisional se tornasse ainda mais grave. No mais, tais decisões foram frutos do incansável trabalho de crítica doutrinária, sempre fiel ao seu dever de apontar as incorreções e maus direcionamentos do sistema criminal. Adotando uma postura combativa, os reclamos dos pesquisadores e advogados conseguiram, depois de um tempo, ser ouvidos pelas Cortes de Justiça. Ao sair da inércia, os atores do sistema criminal terminaram por evitar comodismos idealistas, ao se recusarem a permanecer passivos, aguardando por mudanças que nunca chegariam. Como lembrou José Luis Díez Ripollés, “devem ser abandonadas visões ingênuas, muito presentes nos grupos especialistas jurídicos, segundo as quais a racionalidade termina se impondo por si mesma”<sup>58</sup>.

Visando exatamente a alterações nas políticas criminais voltadas para detentas, há algum tempo que especialistas criticavam a impossibilidade de concessão de indulto para as condenadas por tráfico de drogas. Isso porque, apesar de muitas dessas mulheres condenadas se enquadrarem nos requisitos para a concessão do benefício de redução de pena, na forma privilegiada do delito, prevaleceu a interpretação de que seria inviável o benefício, em razão da vedação contida no art. 2º, I da Lei nº 8.072/90, que proíbe a concessão de indulto para os crimes hediondos e equiparados. Na prática, isso significava que a atenuação da pena não implicava na desconsideração da equiparação da conduta com os crimes hediondos. Tal posicionamento era bastante sedimentado na jurisprudência das Cortes Superiores, não obstante as críticas que sempre recebeu, tanto que em 2014 o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 512, que prescrevia que “a aplicação

<sup>58</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 55.

da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”. Também o Supremo Tribunal Federal se posicionou da mesma maneira, como pode ser conferido em alguns de seus precedentes<sup>59</sup>.

Contudo, havia sérias controversas com relação a esse entendimento, considerando-se que uma lei ordinária não pode limitar a extensão de normas constitucionais, nos casos em que o próprio constituinte não indicou tal possibilidade<sup>60</sup>, e nos quais haveria violações a postulados constitucionais. O próprio Conselho de Política Criminal e Penitenciária, órgão do Ministério da Justiça, após discutir o tema, elaborou uma minuta para a decretação de indulto que beneficiasse as mulheres condenadas por tráfico de drogas, com essa atenuação. Muitas entidades se engajaram em uma campanha com essa finalidade<sup>61</sup>. Como bem pontuou Luciana Boiteux, não seria razoável que o dispositivo citado acima prevaleça, frente à possibilidade de concessão do benefício para mulheres, pois “não pode ser um óbice para a concessão de indulto a mulheres condenadas por tráfico de pequenas quantidades de drogas, diante da inconstitucionalidade de tal vedação de forma genérica ao tráfico de drogas, sem qualquer distinção, razoabilidade ou proporcionalidade”<sup>62</sup>. Nesse sentido, não se pode dar proeminência a uma interpretação literal do texto de lei, ignorando-se uma visão sistemática, que deve obviamente incluir em seus parâmetros os predicados contidos no delineamento constitucional acerca do tema. Cumpre mais uma vez lembrar da lição de Claus Roxin, referida acima, de que a dogmática deve sempre estar aliada às políticas criminais apontadas pelo sistema jurídico.

<sup>59</sup> HC 114.558, HC 121.255.

<sup>60</sup> A Constituição Federal apenas impede a concessão de graça e anistia, para os crimes hediondos e equiparados, nada declarando a respeito dos indultos ou comutação de penas. Art. 5º, XLIII da Constituição Federal.

<sup>61</sup> Ver, nesse sentido, o vídeo institucional realizado pelo sítio eletrônico “justificando”, com a opinião de várias estudiosas do tema, defendendo a concessão do benefício para as mulheres nessas situações. **Por que apoiar o indulto para mulheres?** Direção: Equipe justificando. 3 min, Color. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=K4\\_pNOG98zE](https://www.youtube.com/watch?v=K4_pNOG98zE)>. Acesso em: 04/07/2016.

<sup>62</sup> BOITEUX, Luciana. **Por que precisamos tanto do indulto para mulheres condenadas por tráfico de drogas?** Disponível em: <<http://justificando.com/2016/05/06/por-que-precisamos-tanto-do-indulto-para-mulheres-condenadas-por-trafico-de-drogas/>>. Acesso em: 04/07/2016.

Sensibilizando-se com esses protestos, recentemente o Supremo Tribunal Federal julgou o HC 118.533, modificando o seu entendimento tradicional acerca do tema, e prescrevendo que o tipo penal de tráfico privilegiado (art. 33, §§ 1º e 4º da Lei nº 11.343/06) deve receber tratamento distinto do dispensado aos crimes hediondos. Em suas considerações, o Ministro relator Ricardo Lewandowski afirmou, com base em dados criminológicos, que a maioria das mulheres encarceradas foi condenada pela prática de crimes de drogas, tendo muitas vezes se responsabilizado tão-somente por condutas colaborativas – por razões afetivas ou familiares –, ou ainda, em razão de dificuldades financeiras, provenientes do desemprego estrutural e da precarização das relações de trabalho. Nesses casos, a reprimenda penal termina sendo notoriamente desproporcional à gravidade das condutas, principalmente considerando que aproximadamente 45% do contingente de condenados por tráfico de drogas – fração que equivale a aproximadamente 80 mil pessoas, muitas das quais mulheres – obteve em suas condenações o reconhecimento do privilégio da atenuação da pena.

Conforme afirmou em seu voto,

Reconhecer, pois, que essas pessoas podem receber um tratamento mais condizente com a sua situação especial e diferenciada que as levou ao crime, configura não apenas uma medida de justiça (a qual, seguramente, trará decisivo impacto ao já saturado sistema prisional brasileiro), mas desvenda também uma solução que melhor se amolda ao princípio constitucional da individualização da pena, sobretudo como um importante instrumento de reinserção, na comunidade, de pessoas que dela se afastaram, na maior parte dos casos, compelidas pelas circunstâncias sociais desfavoráveis em que se debatiam<sup>63</sup>.

Também o Ministro Edson Fachin, em voto-vista, corroborou esse entendimento, acrescentando mais alguns argumentos jurídicos, ao fundamentar seu posicionamento. Conforme afirmou, a minorante do tráfico privilegiado comporta regra excepcional benéfica, que deve ser interpretada, também, com vistas à necessária proporcionalidade que deve ser imprimida à reprimenda penal. Isto porque “tal

<sup>63</sup> HC 118.533 STF, voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

consequência jurídica se amolda ao espírito da causa de diminuição, destinada a conferir tratamento penal diferenciado ao agente episódico consistente em rigor arrefecido que destoa das características inspiradoras dos delitos hediondos equiparados”<sup>64</sup>. Por essa razão, não seria razoável supor que a equiparação da hediondez ainda se sustentaria, verificada a concessão da atenuação por parte do legislador penal.

Com efeito, não observaria a Constituição e a unidade do sistema jurídico a norma que atribuisse a hediondez dissociada das nuances da infração penal, as quais, repita-se, derivam das demais decisões políticas do próprio legislador. Nesse contexto, a partir de um juízo conglobante, compreendendo que não se verifica hipótese de hediondez equiparada<sup>65</sup>.

Espera-se que tal decisão, ainda que desprovida de efeitos vinculantes, repercuta positivamente no problema do grande encarceramento feminino, possibilitando a concessão de benefícios penais, entre os quais o indulto e a comutação da pena, além da progressão do regime.

## 5. Conclusão

Acredita-se que a decisão trouxe esperanças, sendo certa a possibilidade de melhorias no problema da expansão da população prisional, especialmente no tocante às mulheres aprisionadas, por tudo que foi explicado. Diante do estado de coisas inconstitucional, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, recomenda-se a busca por saídas para essa tendência acentuada de banalização da pena de prisão<sup>66</sup>. Essas estratégias podem perfeitamente ser focadas em se pressionar por mudanças no entendimento das Cortes superiores, considerando que novas diretrizes jurisprudenciais podem servir como catalisadores para a construção de políticas criminais diferenciadas. Nesse sentido, não deve ser subestimado impacto das ações do Poder Judiciário na estruturação de políticas públicas<sup>67</sup>, especialmente no que diz respeito às questões criminais.

<sup>64</sup> HC 118.533 STF, voto do Ministro Edson Fachin.

<sup>65</sup> HC 118.533 STF, voto do Ministro Edson Fachin.

<sup>66</sup> SHIMIZU, Bruno et ali. Precisamos discutir saídas (das) para as prisões brasileiras. **Boletim IBCCRIM**, n. 283. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

<sup>67</sup> TAYLOR, MATTHEW M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Dados**, v. 50, n. 2. Rio de Janeiro: UERJ, 2007.

Os apontamentos aqui dispostos buscaram associar argumentos de natureza criminológica à interpretação da Lei nº 11.343/06 e seus reais efeitos na política criminal de enfrentamento às drogas, com o intuito de apontar elementos que contribuam para a compreensão da relevância da decisão do Supremo Tribunal Federal, que afastou a hediondez do tráfico privilegiado, diante do encarceramento em massa de mulheres, pela prática desse delito.

Merece atenção, no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, no HC 118.533, o conjunto de argumentos fundamentados na condição das mulheres que cumprem pena privativa de liberdade por esse delito, prática não corriqueira nas decisões da nossa Suprema Corte que tenham por objeto questões de política criminal, sobretudo quando direcionadas ao tráfico de drogas. Embora a decisão produza efeitos concretos sobre o cumprimento da pena de homens e mulheres, é a situação feminina que aparece com destaque, o que atende aos históricos clamores da criminologia feminista pelo reconhecimento da necessidade de atenção às peculiaridades das mulheres no sistema de justiça penal e, notadamente, no cumprimento da pena privativa de liberdade.

É certo que essa decisão emblemática não resolve, por si só, o problema da condição feminina no sistema de justiça penal. Muitos desafios ainda estão postos no conjunto das práticas punitivas que orientam as políticas criminais de enfrentamento ao tráfico de drogas. Todavia, é preciso reconhecer que se trata de uma importante abertura para que fatores próprios das questões de gênero sejam considerados na política criminal, inclusive nas interpretações das normas penais diante dos casos concretos, de modo a minimizar os efeitos da cultura punitivista que impera na sociedade brasileira contemporânea e que repercute de forma peculiar sobre as mulheres, especialmente pela forma diferenciada de participação no tráfico de drogas.

O fato é que os efeitos dessa decisão recairão imediatamente sobre as mulheres que já cumprem pena por tráfico de drogas, proporcionando o acesso aos benefícios do indulto e da comutação de pena, bem como a uma progressão de regime mais célere. Entretanto, não se pode perder de vista que passamos, então, a ter como foco a interpretação da configuração ou não de tráfico privilegiado, dado que aparecerá nos inquéritos policiais e na instrução processual penal, fundamentando as decisões dos magistrados quando da avaliação das situações fáticas. Tal como a linha tênue existente entre o uso e o

tráfico de drogas, que é essencial no trato punitivo da pessoa envolvida, a configuração da minorante do §4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06, também será importante para que os fundamentos que orientam a decisão no HC 118.533 se concretizem, como um novo paradigma de política criminal – de efeitos menos nocivos para a sociedade como um todo e, em particular, para as mulheres participam do tráfico de drogas na modalidade privilegiada.

Por fim, cumpre alertar para a insuficiência de decisões dessa natureza, na concretização da meta de reversão da dinâmica do grande encarceramento. Apesar de ser reconhecidamente um avanço, essa nova interpretação não pode ser entendida como uma vitória definitiva. Pode, inclusive, vir a se tornar apenas um paliativo, caso políticas criminais mais efetivas e duradouras não sejam elaboradas. Por isso, a questão da penalização das drogas requer, inexoravelmente, uma discussão mais profunda – que abrange, por derradeiro, a própria problematização da legitimidade da criminalização. Do contrário, essa decisão será tão-somente uma vitória de Pirro.



# Usuário e traficante de drogas:

A seletividade penal na Lei n. 11.343/2006

20

*Nara Borgo Cypriano Machado<sup>1</sup>*

## 1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que a Lei de Drogas brasileira, Lei nº 11.434/2006, ao estabelecer, no artigo 28, parágrafo 2º, os critérios que devem ser observados pelo juiz para diferenciar o traficante de drogas do usuário, autoriza, de maneira expressa, o uso seletivo do direito penal.

Para isso, num primeiro momento, foi feito um pequeno estudo sobre as finalidades e a seletividade do direito penal, utilizando-se a doutrina que estuda a dogmática penal e a criminologia crítica.

Após compreender as finalidades declaradas e não declaradas do direito penal, bem como se este ramo do direito atua de maneira seletiva e desigual em nossa sociedade, foi estabelecida a diferença entre usuário e traficante de drogas, com base nas condutas tipificadas na Lei de Drogas brasileira.

Após um breve relato do processo de criminalização das drogas, importante para compreender porque o legislador pune tão severamente o tráfico e permite um tratamento penal mais brando para o consumidor de drogas, foi analisado o estereótipo do traficante de drogas no Brasil, o que foi feito em conjunto com a exposição das antigas legislações nacionais sobre o assunto.

Por fim, foram identificadas, no artigo 28, parágrafo 2º, da lei 11.434/06, as expressões que levam à conclusão de que tal dispositivo é seletivo e, para melhor fundamentar tal conclusão, foi utilizada uma

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela UNIFLU. Professora universitária. Advogada criminalista. Secretária Municipal de Cidadania e Direitos Humanos de Vitória (ES).

pesquisa feita pela UNB e pela UFRJ, entre março de 2008 e julho de 2009, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e do Distrito Federal.

## 2. Os fins e a seletividade do direito penal

As finalidades (declaradas) do direito penal são umas das primeiras lições ensinadas na disciplina de “direito penal parte geral”. Ao iniciar o estudo desta matéria o aluno aprende, na grande maioria das universidades brasileiras, que “a função primordial desse ramo da ordem jurídica radica na proteção de bens jurídico-penais – bens do Direito – essenciais ao indivíduo e à comunidade”.<sup>2</sup>

A partir daí o estudo do direito penal (dogmático) é orientado, basicamente, pelo Código Penal e pela doutrina, que pouco se distancia do Estatuto Repressivo, tratando apenas de interpretar seus conceitos.

Desta maneira, pouco se discute a respeito da seletividade penal, tão importante para se compreender o processo de criminalização de determinadas condutas, bem como para possibilitar a crítica a algumas normas penais, entre elas, a que diferencia o usuário do traficante de drogas, contida no artigo 28, da Lei brasileira n. 11.343/ 06.

### 2.1. As finalidades do direito penal

Nas palavras de Fragoso:

A função básica do Direito Penal é a defesa social. Ela se realiza através da chamada *tutela jurídica*: mecanismo com o qual se ameaça com uma sanção jurídica (no caso, a pena criminal) a transgressão de um preceito, formulado para evitar dano ou perigo a um valor da vida social (bem jurídico). Procura-se assim uma defesa que opera através da ameaça penal a todos os destinatários da norma, bem como pela efetiva aplicação da pena ao transgressor e por sua execução<sup>3</sup>.

A ideologia penal da defesa social tem em sua base o “mito do direito penal como direito igual” e defende que a finalidade do

<sup>2</sup> PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1**: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.34-35.

<sup>3</sup> FRAGOSO, Heleno Glauco. **Lições de direito penal**: parte geral. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 4.

direito penal é proteger os bens jurídicos essenciais à sociedade que não podem ser tutelados por outros ramos do direito. E, sendo um direito igual para todos, protege os cidadãos de maneira igualitária, bem como deve ser aplicado, de maneira igual, a todos que violarem suas normas, ou seja, todo sujeito que praticar um crime receberá o mesmo tratamento penal, será submetido a um processo e, ao final, se condenado, sofrerá os rigores da sanção penal<sup>4</sup>.

Assim, desde o primeiro contato com a dogmática penal, o que se aprende é que o direito penal é o ramo do direito indispensável para a proteção da sociedade, e dos cidadãos, contra a prática de crimes.

Entretanto, se ultrapassarmos o entendimento dominante de que a função do direito penal é a “defesa de bens jurídicos”, poderemos compreender os motivos pelos quais as sanções do direito penal são aplicadas, em sua maioria, a um determinado grupo social.

Ao fazer referência à função social do sistema penal, Zaffaroni e Pierangeli afirmam que o sistema penal tem a função de criminalizar, seletivamente, os marginalizados, e também:

(...) quando os outros meios de controle social fracassam, o sistema não tem dúvida em *criminalizar pessoas dos próprios setores hegemônicos*, para que estes sejam mantidos e reafirmados no seu rol, e não desenvolvam condutas prejudiciais à hegemonia dos grupos a que pertencem, ainda que tal fenômeno seja menos freqüente (criminalização de pessoas ou de grupos contestadores pertencentes às classes média e alta). Também, em parte, pode-se chegar a casos em que a criminalização de marginalizados ou contestadores não atenda a nenhuma função em relação aos grupos a que pertencem, mas unicamente sirvam para levar uma *sensação de tranquilidade aos mesmos setores hegemônicos*, que podem sentir-se inseguros por qualquer razão (geralmente, por causa da manipulação dos meios massivos de comunicação)<sup>5</sup>.

As funções trazidas por Zaffaroni e Pierangeli são chamadas por parte da doutrina de funções “não declaradas” do direito penal. Na

<sup>4</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.162.

<sup>5</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 5.ed. rev e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.76.

verdade, o direito penal tem a finalidade, não declarada, de proteger os interesses sociais das classes dominantes e, também, contribui para a reprodução dessa relação<sup>6</sup>.

Neste mesmo sentido são as palavras de Thompson, para quem “numa sociedade complexa, e hierarquizada, dita as leis a classe que dispõe de poder (...) com o propósito político de assegurar a conservação do *status quo* sócio-econômico”<sup>7</sup>.

Criticando o mito da igualdade, Baratta afirma que o direito penal não defende a todos, bem como não é utilizado apenas contra ofensas a bens essenciais, ao contrário, pune de maneira desigual e de modo fragmentário. Continua sua crítica aludindo que “o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos” e conclui “que o direito penal não é menos desigual do que os outros ramos do direito burguês, e que, contrariamente a toda aparência, é o direito desigual por excelência”<sup>8</sup>.

Ao compreendermos a finalidade do direito penal por meio da criminologia crítica, não ficará difícil perceber quão seletivo é este ramo do direito.

## 2.2. A seletividade penal

A partir dos estudos da criminologia crítica percebe-se que o sistema penal funciona de maneira desigual, selecionando àqueles que sofrerão maior incidência do poder punitivo estatal.

Para isso, o processo de criminalização manifesta-se em dois momentos distintos. Primeiramente cabe ao legislador definir quais os bens que serão tutelados pelo direito penal (criminalização primária) e depois, cabe à polícia, com base em estereótipos, selecionar os indivíduos que serão submetidos a um inquérito policial e, posteriormente, a um processo penal, cabendo ao juiz exercer a mesma seletividade (criminalização secundária).<sup>9</sup>

<sup>6</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 116.

<sup>7</sup> THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** O crime e o criminoso: entes políticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 47.

<sup>8</sup> BARATTA, Alessandro. op. cit. p. 162.

<sup>9</sup> SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra N. Os direitos humanos como fundamento do minimalismo penal de Alessandro Baratta. in: **Verso e Reverso do Controle Penal: (Des) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva**.

O processo de criminalização primária e secundária “opera-se nos campos da quantidade e da qualidade”<sup>10</sup>. Segundo Bissoli Filho, a seletividade quantitativa “diz respeito ao número de condutas rotuladas como criminosas e ao de autores em relação aos quais são atribuídas a condição de criminoso”. Já a seletividade qualitativa relaciona-se com a não inclusão de todas as condutas socialmente nocivas como criminosas, bem como deixa abranger todas as condutas e pessoas criminosas<sup>11</sup>.

Desta forma, a seletividade do sistema penal acaba por criar as denominadas cifras ocultas e as cifras douradas da criminalidade, fazendo, no primeiro caso, com que muitos crimes e/ou muitos autores de crimes não sejam investigados e/ou processados, ou, quando se trata da cifra dourada, com que algumas classes sociais sejam praticamente excluídas do processo de criminalização, que recairá sobre as camadas sociais mais frágeis<sup>12</sup>.

A percepção de que o direito penal é seletivo e desigual, entretanto, não existe apenas na sociedade atual, ao contrário, Rusche e Kirchheimer, ao estudarem a estrutura social, a estrutura do trabalho e as formas de punição, ao longo da história, afirmam, por exemplo, que a transição para o capitalismo, nos séculos XIV e XV, fez surgir leis penais mais duras dirigidas às classes subalternas, além disso, a “burguesia urbana emergente” tinha como principal preocupação a criação de uma lei específica para regular os crimes praticados contra a propriedade.<sup>13</sup>

Percebe-se que o direito penal, já nos séculos acima mencionados, era mais rigoroso para com as classes sociais menos favorecidas economicamente, além disso, a tutela penal dos crimes contra a propriedade manifestava o interesse da burguesia em defender seu patrimônio.

A realidade brasileira não é muito diferente. Atualmente, o maior número de pessoas encarceradas cumpre pena pela prática dos “crimes

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.) Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 16, 2 v.

<sup>10</sup> BISSOLI FILHO, Francisco. in: **Verso e Reverso do Controle Penal: (Des) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva**. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.) Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 78, 2 v.

<sup>11</sup> BISSOLI FILHO, Francisco. op. cit. , p. 78-79.

<sup>12</sup> BISSOLI FILHO, Francisco. op. cit. , p. 79.

<sup>13</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 31-33.

contra o patrimônio”, principalmente, os tipificados como roubo e furto, nos artigos 157 e 155, respectivamente, do Código Penal<sup>14</sup>.

Mas, em que pese o poder punitivo do Estado recair em sua grande maioria sobre os “crimes patrimoniais”, outra infração penal concorre para que o índice de encarceramento no Brasil fique entre os dez maiores do mundo<sup>15</sup>. Trata-se do tráfico de drogas, responsável atualmente pela segunda maior incidência de presos no sistema penitenciário nacional<sup>16</sup>.

Entretanto, se ultrapassarmos a análise dos tipos penais que conduzem às condenações criminais no Brasil e observarmos quem está preso, verificaremos que a seletividade por meio da criminalização secundária também é real.

Nas palavras de Vera Regina P. Andrade<sup>17</sup>, “a clientela do sistema penal é composta, “regularmente”, em todos os lugares do mundo, por pessoas pertencentes aos mais baixos estratos sociais” e conclui que isso “é resultado de um processo de criminalização altamente seletivo e desigual de “pessoas” dentro da população total, às quais se qualifica como criminosos”.

A partir destes breves comentários sobre as finalidades e sobre a seletividade do direito penal, ficará mais fácil compreender como a Lei 11.434/06 se mostra seletiva quando diferencia o usuário do traficante de drogas, bem como o poder judiciário acaba por ampliar essa seletividade no momento em que, na prática, define essa diferenciação.

### 3. O usuário e o traficante de drogas na Lei 11.343/2006

A Lei 11.343/2006, conhecida por “nova lei de drogas”, substituiu no ordenamento jurídico brasileiro a Lei 6.368/76 e, entre outras

<sup>14</sup> Disponível em [http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/in-fopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/in-fopen_dez14.pdf). Acesso em: 04, jul, 2016.

<sup>15</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**: uma leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, p.223.

<sup>16</sup> Disponível em [http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/in-fopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/in-fopen_dez14.pdf). Acesso em: 04, jul, 2016.

<sup>17</sup> ANDRADE, Vera Regina. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.52.

alterações, trouxe mudanças significativas com relação ao tratamento dado ao usuário e ao traficante de drogas.

Com relação ao consumo de drogas, previsto no artigo 28, a maior polêmica, sem dúvida, gira em torno da descriminalização ou não desta conduta, tendo em vista que dentre as sanções previstas na lei para serem aplicadas ao usuário de drogas não há previsão de imposição de pena privativa de liberdade, contrariando a definição legal de crime prevista no artigo 1º, da Lei de Introdução ao Código Penal<sup>18</sup>.

Apesar do tratamento mais brando para o usuário, o tráfico de drogas passou a ser punido com mais rigor, pois a pena mínima para tal conduta passou a ser de 05 (cinco) anos de reclusão e a pena máxima é de 15 (quinze) nos.

#### 3.1. O usuário de drogas

O uso de drogas está disciplinado no artigo 28, da Lei 11.343/2006, e considera usuário aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Recebe o mesmo tratamento penal que o usuário aquele que, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica (art. 28, § 1º).

Para o usuário, ausente a previsão de pena privativa de liberdade, poderá o juiz aplicar uma advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade ou uma medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, incisos I a III).

Pela redação do § 2º, do mesmo artigo 28, cabe ao juiz verificar se a droga encontrada em poder de determinada pessoa se destinava a uso pessoal ou não. Para tanto, deverá analisar a natureza e a quantidade da substância apreendida, **o local** e as condições em que se desenvolveu a ação, **as circunstâncias sociais e pessoais**, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

<sup>18</sup> Não cabe discutir tal questão, pois não é o objeto do presente artigo, mas para fins de registro, importante destacar que parte da doutrina afirma ter havido descriminalização formal do uso de drogas (entre eles, o professor Luiz Flávio Gomes), outros doutrinadores afirmam que houve descriminalização substancial e, para o STF, trata-se apenas de despenalização, ou seja, o uso de drogas ainda é crime, apenas não é mais punido com pena de prisão.

Destacamos o local, as circunstâncias sociais e pessoais do agente, no trecho acima, para chamar a atenção do leitor, desde agora, para a seletividade desta norma penal.

Em que pese a lei determinar que caberá ao juiz diferenciar o usuário do traficante, na prática, é a polícia que efetua a prisão (ou o encaminhamento à Delegacia, no caso de uso de drogas, haja vista que não se impõe flagrante ao usuário) e é o Delegado de Polícia que conduz o inquérito (ou é o responsável pelo Termo Circunstanciado, no caso de entender que a hipótese é de consumo e não de tráfico), portanto, a diferenciação começa já na abordagem do sujeito que porta a droga.

### 3.2. O tráfico de drogas

O tráfico de drogas, previsto no artigo 33, *caput*, é caracterizado pelas seguintes condutas: 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.

Nas mesmas penas incorre quem importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; semente, cultivada 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; utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas, segundo o parágrafo primeiro do artigo 33.

A lei equipara ao tráfico, no art. 34, as condutas que consistem em fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Aquele que, conforme artigo 37, colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34, da Lei 11.343/2006, também tem sua conduta equiparada à do traficante.

Cabe mencionar ainda que as condutas previstas nos artigos 35 e 36 sofrem os mesmos rigores penais destinados às condutas descritas no artigo 33, *caput*, e parágrafo primeiro, no art. 34 e no art. 37, ou seja, no caso de associação de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34, bem como de associação para a prática reiterada do crime definido no art. 36, e nas hipóteses de financiamento ou custeio da prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 da lei drogas, não é permitida a concessão de fiança, *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, conforme dispõe o artigo 44, da referida lei<sup>19</sup>.

Também há restrição ao livramento condicional, que só será concedido após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico, conforme artigo 44, da Lei 11.343/2006.

É facilmente verificado, pela leitura dos dispositivos legais acima mencionados, que o legislador conferiu ao usuário de drogas o direito de não ser submetido à pena de prisão e ao traficante, ao contrário, além do aumento das penas, proibiu a concessão de benefícios que não são restringidos nem mesmo pela lei de crime hediondos, Lei 8072/90, como, por exemplo, a possibilidade de *sursis*.

Assim, demonstradas algumas diferenças entre as condutas definidas como uso e tráfico de drogas, passaremos à verificação da seletividade penal no combate às drogas.

<sup>19</sup> A ampliação de vedações de benefícios legais para o condenado por tráfico de drogas e delitos a ele equiparados é amplamente discutida pela doutrina e jurisprudência. Para maiores informações, vide GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches. **Nova Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Importante mencionar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 104339, em 11.05.2012, por maioria de votos, declarou, *incidenter tatum*, a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, prevista no *caput*, do artigo 44, da lei n. 11.343/2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207130>. Acesso em: 04, jul, 2016 e em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=104339&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 04, jul. 2016.

## 4. Quem são os traficantes de drogas?

### 4.1. O estereótipo do traficante de drogas no Brasil

Antes de avaliarmos o estereótipo dos traficantes de drogas no Brasil, importante fazer um relato sobre o processo de criminalização da droga e, a partir daí, mostrar como foi construída a imagem do traficante.

#### 4.1.1 Uma breve reflexão a respeito do processo de criminalização das drogas

Rosa Del Omo<sup>20</sup> ensina que nem sempre as drogas foram proibidas, ao contrário, elas sempre fizeram parte da vida em sociedade. Neste sentido, informa:

Para começar, gostaria de lembrar que as drogas sempre existiram. O que variou foi o papel que desempenharam e o uso que se fez delas. O ser humano as utilizou com fins mágicos, religiosos, afrodisíacos, medicinais, bélicos, etc.

Com relação à disputa sobre o “mercado da droga”, expressão que atualmente nos remete aos conflitos (em grande parte armados) entre os “grandes” traficantes de drogas, principalmente nas favelas das grandes cidades, cabe mencionar que “as primeiras “guerras” envolvendo a questão das drogas foram disputadas a favor do livre comércio destas substâncias”<sup>21</sup>.

Zaccone informa que as primeiras “guerras” visando o livre comércio foram as “Guerras do Ópio”, nos anos de 1839 e 1856, entre a Inglaterra e a China. O ópio era produzido na costa oriental da Índia, produção fomentada pelos ingleses, e vendido por eles aos chineses.<sup>22</sup>

Após anos de comercialização livre, inclusive com cobrança de impostos sobre determinadas drogas, de disputa lícita pelo comércio, etc, foi o surgimento de novos interesses econômicos que levou à criminalização de algumas drogas.

<sup>20</sup> DEL OMO, Rosa. A legislação no contexto das intervenções globais sobre drogas. in: **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**. Ano 07, n. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 65.

<sup>21</sup> ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.77.

<sup>22</sup> Idem.

Neste sentido, a criminalização da droga pode ser atribuída à Revolução Industrial, pois a indústria necessitava de trabalhadores extremamente produtores, com possibilidade de trabalhar 12 (doze) horas por dia, ou mais, e algumas drogas, como o ópio e seus derivados, por possuírem efeitos letárgicos, acabavam por prejudicar a jornada de trabalho.<sup>23</sup>

A criminalização, portanto, foi decorrência não dos prováveis efeitos prejudiciais da droga para saúde<sup>24</sup> do homem, mas sim de interesses econômicos: as indústrias necessitavam de funcionários capazes de trabalhar exaustivamente, por longas jornadas, o que estava sendo prejudicado pelo uso do ópio.

Além dos interesses econômicos, a criminalização também foi relacionada com a necessidade de se criar estereótipos morais e de se associar o uso de drogas a “grupos perigosos”, marginalizando, assim, as classes sociais mais pobres e certos grupos étnicos. Segundo Batista<sup>25</sup>:

Nos Estados Unidos, conflitos econômicos foram transformados em conflitos sociais que se expressaram em conflitos sobre determinadas drogas. A primeira lei federal contra a maconha tinha como carga ideológica a sua associação com imigrantes mexicanos que ameaçavam a oferta de mão de obra no período da Depressão. O mesmo ocorreu com a imigração chinesa na Califórnia, desnecessária após a construção das estradas de ferro, que foi associada ao ópio. No Sul dos Estados Unidos, os trabalhadores negros do algodão foram vinculados a cocaína, criminalidade e estupro, no momento de sua luta por emancipação (...). Estes três grupos étnicos disputavam o mercado de trabalho nos Estados Unidos, dispostos a trabalhar por menores salários que os brancos.

Com o tempo, o discurso médico passou a influenciar o legislador americano e, na década de 60, e a figura do usuário se distanciou da figura do traficante. O usuário passou a ser visto como um dependente da droga, que deveria ser submetido a um tratamento

<sup>23</sup> Idem, p. 79.

<sup>24</sup> Lembrar que o uso e o tráfico de drogas no Brasil são crimes que ofendem, segundo a legislação pátria, a saúde pública.

<sup>25</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 81.

médico, e o traficante, por ser criminoso, deveria ser preso (Ideologia da diferenciação)<sup>26</sup>.

Por fim, para terminar esse breve relato sobre a criminalização da droga no cenário internacional, cabe mencionar que a “guerra contra as drogas” foi declarada, nos Estados Unidos, na década de 70. A partir daí, o traficante passou a ser visto como “inimigo” e o consumo de drogas passou a ser tratado como questão de segurança nacional.<sup>27</sup>

Não podemos esquecer que o “Movimento Lei e Ordem” também contribuiu (e ainda contribui) para que o crime de tráfico de drogas fosse rigorosamente punido nos Estados Unidos da América e serviu também para reforçar a ideologia da diferenciação.

O Brasil adotou o discurso americano e, em sintonia com os planos de repressão em âmbito internacional, na década de 70, instituiu, como modelo político-criminal, segundo Carvalho<sup>28</sup>:

(...) a ideologia da Defesa Social (nível dogmático e legislativo), corroborada pela militarização do controle, através da ideologia da Segurança Nacional (plano da Segurança Pública), e legitimada pela produção e reprodução do consenso sobre a “criminalidade” e seus estereótipos com os movimentos de “Lei e Ordem” (legitimação material).

Na década de 80, especificamente em junho de 1987, na Conferência Internacional sobre o Uso Indevido e o Tráfico de Drogas, em Viena, a Organização das Nações Unidas (ONU), apresentou o Plano Amplo e Multidisciplinar de Atividades Futuras em Matéria de Fiscalização do Uso Indevido de Drogas. Esse encontro foi considerado um marco e nele foi apresentado um conjunto de recomendações “para a futura definição de políticas de controle de drogas em âmbito nacional”.<sup>29</sup>

Ao lado deste encontro:

(...) e segundo a mesma plataforma internacional, estava-se organizando a Convenção das Nações Unidas contra o

<sup>26</sup> ZACCONE, Orlando, op. cit. p. 88.

<sup>27</sup> Idem.

<sup>28</sup> CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil:** (do discurso oficial às razões de criminalização). Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 162.

<sup>29</sup> DEL OMO, Rosa. op. cit. p. 67.

Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substância Psicotrópicas, que seria aprovada em Viena, em dezembro de 1988. Trata-se de um instrumento sumamente repressivo que visa a dismantlar as organizações de traficantes, através da extradição e o confisco de seus ativos, impondo às autoridades dos Estados-partes obrigações específicas ainda não contempladas pelo direito de cada país.<sup>30</sup>

Ainda na década de 80, o discurso do presidente americano Ronald Regan, para justificar a intervenção americana no plano internacional, segundo Rodrigues, citado por Zaccone, foi no sentido de que “comunismo e narcotráfico agiam em conjunto para minar a democracia e a saúde das populações”. Esse discurso, reforçando a vinculação dos traficantes de drogas com os comunistas, surgido na década de 70, iniciou as políticas de militarização destinadas ao combate do “narcotráfico” e das “guerrilhas”.<sup>31</sup>

Percebe-se que a criminalização das drogas foi motivada por interesses econômicos e, logo em seguida, foram criados estereótipos morais e médicos para diferenciar o traficante (“inimigo”) do usuário. A partir daí não foi difícil fomentar o discurso bélico contra o tráfico de drogas ilícitas.

Interessante frisar que a política proibicionista americana tinha como alvo uma faixa seleta da população, que por ser pobre, já costumava ser vigiada e controlada pelo Estado. Assim, negros (em virtude da cocaína), chineses (pelo ópio), mexicanos (relacionados com a maconha) e irlandeses (pelo álcool) foram os primeiros a serem considerados “anormais” e, identificados como grupos que traficavam drogas, passaram ser controlados sob a justificativa da necessidade do combate ao tráfico<sup>32</sup>.

Portanto, houve (e ainda existe) uma finalidade específica, e não declarada, para que os Estados iniciassem o movimento de criminalização e, posteriormente, de combate ao tráfico de drogas. A justificativa de que as legislações de combate às drogas teriam por objetivo proteger a saúde da sociedade, forma imediata, e a saúde individual, de maneira mediata, não foi mencionada nos processos de criminalização acima analisados.

<sup>30</sup> Idem.

<sup>31</sup> ZACCONE, Orlando. op. cit. p. 94-95.

<sup>32</sup> Idem, p. 83.

#### 4.1.2. Negros e pobres: os traficantes brasileiros

O Brasil, por muito tempo, não distinguiu as figuras dos usuários e traficantes de drogas. A criminalização da droga estava prevista no artigo 281 do Código Penal e, segundo o Supremo Tribunal Federal, a norma penal não criminalizava o consumo de drogas, apenas o tráfico era tido como crime. Só em 1968, por meio do Decreto-Lei 385/68, o artigo 281 do Código Penal foi alterado para estabelecer a mesma sanção para traficantes e usuários de drogas, colocando fim ao entendimento jurisprudencial que não entendia ser crime o uso de drogas<sup>33</sup>.

Em 1971, com a promulgação da Lei 5.726, o Brasil acolhe a orientação internacional no que diz respeito às legislações anti-drogas, e passa a diferenciar o usuário/dependente (discurso médico-jurídico) do traficante<sup>34</sup>. Essa diferenciação restou clara na Lei 6368/76, que previa no artigo 12, as sanções para o tráfico de drogas e no artigo 16, as sanções para o usuário.

A lei 11.343/2006, que revogou a lei citada acima, mantém a diferenciação, conforme visto no tópico 2 deste trabalho mas, no atual modelo, o usuário não pode ser preso, ao passo que para o traficante o rigor penal é duríssimo, cabendo lembrar, ainda, que o crime de tráfico de drogas é equiparado a crime hediondo, conforme artigo 5º, XLIII, da Constituição da República.

Pode parecer, a princípio, que a nova legislação trouxe benefícios para aqueles que são apenas usuários, pois o consumo de drogas não pode mais conduzir ninguém ao cárcere. Entretanto, quando verificamos os mecanismos de criação de estereótipos de “traficantes”, de controle punitivo das classes sociais mais baixas, consideradas perigosas, e de repressão bélica ao tráfico de drogas, percebemos que aqueles considerados “perigosos”, mesmo que estejam apenas fazendo uso de droga ilícita, serão submetidos à pena de prisão. Esse modelo, herdado há anos, ainda está presente no modelo de segurança pública brasileiro, mesmo diante de novo diploma legal.

A realidade brasileira pune com muito rigor um traficante que, como será demonstrado, foi estereotipado pelo Estado, com apoio

<sup>33</sup> ZACCONE, Orlando. op. cit. 91.

<sup>34</sup> Idem.

da mídia, mas que na verdade não passa de um jovem, pobre, com pequena quantidade de droga.

O traficante é retratado como um rapaz jovem, negro (ou mulato) e morador de favela. Em consequência disso, ao pensarmos onde está situado o tráfico de drogas em nossas cidades, vamos pensar nos locais onde estes jovens moram, ou seja, nas favelas, nas periferias ou em bairros considerados “carentes”.

Essa figura, amplamente divulgada pela mídia, é vista como um sujeito frio, destemido, que controla grandes quantidades de drogas e que faz parte do “crime organizado”. Nas palavras de Batista<sup>35</sup>, a figura do narcotraficante pode ser assim resumida:

(...) não tem mãe, pai muito menos, proveniente que é das favelas, capaz de controlar o crime organizado (...) apresentam uma classificação única, são todos iguais, se comportam da mesma maneira em qualquer lugar da cidade. Não têm história, não têm memória. São a encarnação do erro e apontam as baterias da sociedade para a favela, revisitadas agora como o *locus* do mal, viveiro de monstros.

O “medo” do traficante, o pavor das drogas ilícitas e dos seus efeitos sobre o comportamento dos jovens, a necessidade de se combater o “crime organizado” justificam, no Brasil, a manutenção da militarização do modelo repressivo contra as drogas.

O número de mortes, por ano, só na cidade do Rio de Janeiro, de negros, pobres, moradores de favelas, evidenciam um verdadeiro genocídio por parte do Estado. Para exemplificar, só no primeiro semestre de 2008 houve 757 pessoas mortas por policiais militares, registrados como “autos de resistência”, segundo dados fornecidos pelo Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro<sup>36</sup>.

Segundo Batista<sup>37</sup>:

<sup>35</sup> BATISTA, Vera Malaguti. A nomeação do mal. In: **Criminologia e Subjetividade**. MENEGAT, Marildo; NERI, Regina (org.). Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2005, p.45.

<sup>36</sup> Cf. INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Balanco das incidências criminais e administrativas no Estado do Rio de Janeiro (1º semestre de 2008)**. Disponível em: <[http://urutau.prodetj.rj.gov.br/isp\\_imagens/Uploads/BalancoSemestral2008.pdf](http://urutau.prodetj.rj.gov.br/isp_imagens/Uploads/BalancoSemestral2008.pdf)>. Acesso em: Janeiro de 2009. p. 23.

<sup>37</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Diffíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 135.



O processo de demonização do tráfico de drogas fortaleceu os sistemas de controle social, aprofundando seu caráter genocida. O número de mortos na “guerra do tráfico” está em todas as bancas. A violência policial é imediatamente legitimada se a vítima é um suposto traficante.

O que causa espanto é que essas mortes, por estarem justificadas pelo Estado e “autorizadas” por uma grande parcela da população, não serão, em sua esmagadora maioria, investigadas e muito menos gerarão um processo judicial. Ser condenado, então, por matar um traficante, ou que seja suposto traficante, é quase impossível no atual modelo segurança pública adotado no Rio de Janeiro.

Já que estamos utilizando o exemplo fluminense, vale destacar as palavras de Menegat<sup>38</sup>:

As elites brasileiras, ciosas dos discursos que as legitimam aos olhos do mundo – como na época da primeira Constituição, de 1824, em que admitiam a escravidão em meio aos princípios liberais dos mais avançados – aceitam os métodos do BOPE, como este muro móvel da segregação social e racial do país.

Voltando os olhos agora para a dogmática penal, pela leitura do artigo 28, da Nova Lei de Drogas, que estabelece critérios para diferenciar o usuário do traficante, não causa surpresa verificar que um dos critérios a serem consideradas pelo juiz é **o local** (onde foi feita a apreensão) e **as condições pessoais e sociais do sujeito** encontrado com drogas ilícitas. A seletividade primária aqui é incontroversa.

Prevendo a lei que o local e as condições sociais determinam a diferença entre usuários e traficantes, o Estado, amparado pela lei, não tem dúvidas de que são as populações mais pobres as responsáveis pelo tráfico de drogas no Brasil.

Neste sentido, se uma pessoa da classe média, num bairro também de classe média, for encontrada com determinada quantidade de droga, poderá ser mais facilmente identificada como usuário (e portanto não será submetida à prisão) do que um pobre, com a

<sup>38</sup> MENEGAT, Marildo. Quem decidiu esta guerra em que todos morremos? In: **Criminologia e Subjetividade**. MENEGAT, Marildo; NERI, Regina (org.). Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2005, p.57.

mesma quantidade de droga, em seu bairro carente. Neste exemplo, confirma-se a seletividade secundária.

Vale transcrever a experiência de Zaccone<sup>39</sup>:

(...) um delegado do meu concurso, lotado na 14 DP (Leblon), autuou, em flagrante, dois jovens residentes na zona sul pela conduta descrita para usuário, porte de droga para uso próprio, por estarem transportando, em um veículo importado, 280 gramas de maconha (...), o que equivaleria a 280 “baseados” (...) o fato de os rapazes serem estudantes universitários e terem emprego fixo, além da folha de antecedentes criminais limpa, era indiciário de que o depoimento deles, segundo o qual traziam a droga para uso próprio era pertinente.

Se dividirmos a quantidade de maconha apreendida por dois, seriam 140 cigarros para cada um dos universitários presos em flagrante, mas o delegado, mesmo assim, entendeu todos esses cigarros eram para uso pessoal<sup>40</sup>.

A decisão do delegado de polícia acima mencionado serve para confirmar a conclusão de Batista<sup>41</sup>, para quem:

A visão seletiva do sistema penal para adolescentes infratores e a diferenciação no tratamento dado aos jovens pobres e aos jovens ricos, ao lado da aceitação social que existe quanto ao consumo de drogas, permite-nos afirmar que o problema do sistema penal não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da juventude considerada perigosa.

Confirmando a teoria de Batista de que o problema do sistema penal não é a droga, mas sim o controle daqueles considerados perigosos, passaremos a analisar os dados da pesquisa “Tráfico e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal no crime de drogas”.

<sup>39</sup> ZACCONE, Orlando. op. cit. p. 19-20.

<sup>40</sup> Outros exemplos neste sentido podem ser verificados em: BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. Outros exemplos também são facilmente verificados no dia-a-dia das ocorrências policiais e nos Tribunais de todo Brasil.

<sup>41</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 134.

Este trabalho, inédito no Brasil, foi encomendado pelo Ministério da Justiça à Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e à Universidade de Brasília (UnB), realizado entre março de 2008 e julho de 2009, e teve como objetivo mapear as condenações judiciais por tráfico de drogas no Rio de Janeiro e no Distrito Federal.

Segundo a pesquisa, nas varas criminais do Distrito Federal, quase 70% (setenta por cento) dos processos referem-se a presos com quantias inferiores a 100 (cem) gramas de maconha. No Rio de Janeiro, 50% (cinquenta por cento) estavam com quantidade inferior a 100 (cem) gramas e outros 50% (cinquenta por cento) superior<sup>42</sup>.

A referida pesquisa também mostra que em 0,9% das condenações, o “traficante” possuía até 1 (um) grama de droga ilícita, ou seja, até um cigarro, caso se trate de maconha, por exemplo; 13,9% foram condenados por possuírem entre 1 (um) a 10 (dez) gramas de substância ilícita e 53,9% dos condenados por tráfico foram assim classificados em virtude da apreensão de 10 (dez) a 100 (cem) gramas de drogas ilícitas.

Assim, o verdadeiro perfil dos condenados por tráfico de drogas, ou seja, 68,7% das condenações no Rio de Janeiro e Distrito Federal decorrem de um volume que varia entre menos de 01(um) até 100 (cem) gramas de drogas ilícitas.

Voltando para o caso narrado dos estudantes universitários classificados como usuários, com 280 gramas de maconha, verificamos que, se fossem pobres (condição social), certamente seriam considerados traficantes. Na verdade, apenas 14, 8% dos condenados por tráfico de drogas nos estados do Rio de Janeiro e no Distrito Federal foram apreendidos com uma quantidade que variava entre 100 gramas e 1 kilo de droga ilícita, por muito menos de 100 gramas os moradores de favelas, pobres, são considerados traficantes de drogas.

A pesquisa concluiu que a lei propicia interpretações subjetivas ao não definir claramente as características que diferenciam o grande traficante de drogas do pequeno.

Na verdade, não se trata de distinguir apenas o pequeno do grande traficante, é imperioso determinar quem realmente é traficante, pois é inconcebível que pessoas encontradas com até 01 (um) grama de droga seja “enquadrado” como traficante.

<sup>42</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Tráfico e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal no crime de drogas**. Disponível em: [www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br). Acesso em 05, ago. 2009

Estamos criminalizando a miséria<sup>43</sup>, criminalizando as classes sociais mais pobres. O Estado, sob o discurso de que deve combater o tráfico de drogas, encontra justificativa para controlar e segregar as classes vulneráveis, bem como para fazer investimentos milionários em segurança pública.

Nas palavras de Wacquant<sup>44</sup>:

Não se trata de negar a realidade da criminalidade nem a necessidade de lhe dar uma resposta, ou, antes, respostas, *inclusive penais*, quando essas forem apropriadas. Trata-se de compreender melhor sua gênese, sua fisionomia mutante e suas ramificações, “reinserindo-as” no sistema completo das relações sociais de força e de sentido do qual ela é expressão, e que ajuda a explicar tanto a sua forma e sua incidência quanto as reações históricas que desencadeia na conjuntura histórica desse *fin-de-siècle*. Para isso, é preciso parar de nos entupirmos com discursos apocalípticos e abrir um debate racional e fundamentado sobre os ilícitos (no plural), seus efeitos e seus significados. Esse debate deve esclarecer, inicialmente, porque o foco recai sobre essa ou aquela manifestação da delinqüência – mais nos corredores dos conjuntos habitacionais do que nos corredores da prefeitura, mais nos roubos de bolsas e celulares do que nas negociatas na Bolsa e nas infrações às leis trabalhistas ou tributárias.

Aquele traficante perigoso, que comanda o crime organizado, que não teme à lei e, que sem piedade, destrói e mata centenas de pessoas, influenciando mal os jovens da classe média<sup>45</sup>, segundo constantemente noticiado na imprensa, na verdade, pela descrição da pesquisa acima mencionada, não passa de réu primário, preso sozinho, com pouca quantidade de drogas e não tem associação com o crime organizado. Esse é o perfil do (considerado) “traficante de drogas”, “inimigo social”, que autoriza a repressão bélica nas favelas e periferias de todo Brasil.

<sup>43</sup> Sobre o tema ver: WACQUANT, Lóic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

<sup>44</sup> WACQUANT, Lóic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)**. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 464.

<sup>45</sup> Na capa do jornal A Gazeta, do estado do Espírito Santo, foi veiculada, no dia 04 de março de 2010 (nº 28.114, ano LXXXI), a seguinte notícia: “A classe média que a droga está destruindo.”

Apenas para ilustrar, segundo a pesquisa em análise, o Brasil é um país de “trânsito”, ou seja, a droga não é produzida aqui. Neste sentido, até chegar aos “morros” tem que percorrer um longo caminho.

Apesar disso, é na favela, na periferia, no morro, ou nos bairros carentes, que está a atuação (fortemente) armada do Estado, é nesses lugares que a sociedade espera que o crime organizado<sup>46</sup> seja desfeito e que os traficantes detidos, mesmo que isso sacrifique a vida de muitas pessoas.

Assim, em nome de um combate contra um “traficante” de drogas que foi estereotipado, apoiado por legislação penal comprovadamente seletiva, o Estado brasileiro, além de criminalizar a miséria, viola, despreocupadamente, os direitos humanos das classes sociais mais vulneráveis.

## 5. Considerações finais

A criminalização de algumas substâncias identificadas como “drogas ilícitas”, apesar de parecer algo muito antigo, começou a ser discutido na Revolução Industrial, quando os ingleses começaram a proibir o uso do ópio (fumado) e de seus derivados. Só a partir da década 60 o comércio e o uso de drogas passaram a ser considerados um problema que deveria ser “combatido” de maneira mais rigorosa pelos Estados.

Na Lei brasileira n. 11.343/2006 a diferença entre usuário e traficante de drogas reside, entre outros critérios, no local e nas circunstâncias sociais e pessoais do agente, o que demonstra que realmente o direito penal é seletivo, que está longe de defender a todos de maneira igualitária e que pune, de maneira desigual, aqueles que são submetidos ao sistema penal.

A pesquisa analisada acima mostra 68,7% das condenações no RJ e DF decorrem de um volume que varia entre menos de 01(um) até 100 (cem) gramas de drogas ilícitas, ou seja, quando verificamos quem está preso por tráfico de drogas e onde está concentrada a repressão policial percebemos que na realidade o que interessa é manter segregadas as classes sociais mais pobres, ou melhor, lembrando novamente de Lóïc Wacquant, o que existe é a criminalização da miséria.

<sup>46</sup> Expressão vaga, pois nem a Lei 9034/95, que versa sobre “ações praticadas por organizações criminosas” conceitua o que seja o tão temido “crime organizado”, ou melhor, não fornece o conceito de “organização criminosas”.

## Referências

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

\_\_\_\_\_. A nomeação do mal. In: **Criminologia e Subjetividade**. MENEGAT, Marildo; NERI, Regina (org.). Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2005.

BISSOLI FILHO, Francisco. in: **Verso e Reverso do Controle Penal: (Des) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva**. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.) Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias: uma leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

DEL OMO, Rosa. A legislação no contexto das intervenções globais sobre drogas. in: **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**. Ano 07, n. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches. **Nova Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Tráfico e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal no crime de drogas**. Disponível em: [www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br). Acesso em 05, ago. 2009.

SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra N. Os direitos humanos como fundamento do minimalismo penal de Alessandro Baratta. in: **Verso e Reverso do Controle Penal: (Des) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva**. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.) Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WACQUANT, Lóïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)**. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 464.

# A banalização da busca e apreensão nos crimes de tráfico

21

*Alexandre Morais da Rosa<sup>1</sup>*

## 1. Introdução

Esse breve estudo tem a função de demonstrar que apesar de o crime de tráfico de drogas (Lei n. 11.343/06, art. 33) receber a qualificação equiparada ao dos crimes hediondos, nem por isso os direitos e garantias dos sujeitos podem ser superados em face de lógica eficiente, ou seja, de resultados. Para compreensão da dimensão da questão, portanto, apresenta-se resenha sobre a cautelar de busca e apreensão prevista no CPP, destacando que se encontra na linha do que venho apontando como a Teoria dos Jogos aplicada ao Processo Penal<sup>2</sup>.

O artigo surge, também, no contexto do convite formulado pelos Professores Gustavo de Ávila Noronha e Érika Mendes de Carvalho para dialogar sobre os dez anos de vigência da Lei de Drogas, razão pela qual sou grato aos dois.

## 2. O que é Busca e Apreensão e quais os requisitos?

Embora a Busca e Apreensão esteja regulada em local diverso, no campo das provas (CPP, art. 240), o caráter cautelar é amplamente reconhecido. Pode ser requerida de modo preparatório (na fase

<sup>1</sup> Doutor em Direito (UFPR). Professor da UFSC e UNIVALI. Juiz de Direito (TJSC). Email: alexandremoraisdarosa@gmail.com

<sup>2</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Empório do Direito: Florianópolis, 2016.

de investigação, que deve ser necessariamente instaurada antes<sup>3</sup>) ou incidentalmente (no decorrer do processo e na fase de execução – LEP, art. 145). Por mais que o CPP, indique que poderá ser decretada de ofício (CPP, art. 242), diante da necessidade cada vez mais compreender-se o jogo processual como adversarial, a providência será intervenção indevida na tática dos jogadores. Mas sempre surge um inquisidor para deferir citando o dispositivo sem fazer a devida oxigenação constitucional.

A busca e apreensão (CPP, art. 240) é restrição a direito fundamental (inviolabilidade do domicílio, dignidade da pessoa humana, intimidade e a vida privada, incolumidade física e moral do sujeito) e, como tal, deve ser deferida somente no limite de sua autorização legal, a saber, quando os requisitos legais estiverem cumpridamente demonstrados<sup>4</sup>. Deve ser certa (para local determinado por número, mapas ou equivalente), não podendo ser deferida para toda a rua X, nem ao Bairro Y, sob pena de nulidade<sup>5</sup>. A espetacularização do Processo Penal, diante dos Direitos Fundamentais em jogo, a publicização externa, com acompanhamento da mídia, deve ser considerada como violadora das regras e configurar, no mínimo, abuso de autoridade e improbidade.

Ainda que denominada de Busca e Apreensão conjuntamente, diferencia-se a busca da apreensão. A busca possui a função de ob-

<sup>3</sup> ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. Delegado de Polícia em Ação. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 99: “O entendimento do CNPG (Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União) é fruto de uma interpretação isolada do art. 129, inciso I, da Constituição Federal. Por isso, com base numa simples interpretação conjunta desse artigo com o art. 144, § 4º, da Constituição Federal, é possível concluir que o poder constituinte originário conferiu ao Delegado de Polícia a capacidade para postular em juízo as medidas acauteladoras que entender cabíveis no caso concreto”.

<sup>4</sup> DUTRA, Luciano. Busca e Apreensão Penal. Da legalidade às ilegalidades cotidianas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

<sup>5</sup> LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 731: “Situação absurda, que infelizmente tem se tornado comum, são os mandados de busca e apreensão genéricos, muitas vezes autorizando a diligência em quarteirões inteiros (obviamente na periferia...), conjuntos residenciais ou mesmo nas ‘favelas’ de tal ou qual vila. Claro que os juízes somente expedem tais monstruosidades jurídicas quando se trata de barbarizar os clientes preferenciais do excludente sistema implantado, aqueles para quem a proteção constitucional da casa (e demais direitos fundamentais) é ineficaz, até porque favela e barraco não são casas... e quem lá (sobre)vive não merece nenhuma proteção, pois são os ‘outros’, ou, ainda, a multidão de invisíveis”.

ter a prova mediante a localização de pessoas ou coisas, enquanto a apreensão tenciona garantir a prova ou restituição do patrimônio<sup>6</sup>. A finalidade, nos termos do art. 240, § 1º, do CPP, deve ser a de (a) prender criminosos; (b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; (c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos contrafeitos; (d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituosos; (e) descobrir objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu; e (f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento de seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato<sup>7</sup>.

No tocante às cartas, para quem ainda as manda, o art. 5º, XII, da Constituição garante o sigilo, havendo controvérsia sobre os limites da diligência, bem assim sobre os documentos em poder do defensor, salvo quando constituírem elementos do corpo de delito (CPP, art. 243, § 2º).

Para sua concessão devem concorrer elementos de urgência e necessidade, vinculados ao devido processo legal substancial, não bastando mera suspeita ou ilações desprovidas de sustento probatório<sup>8</sup>, mesmo que preliminares, na apuração de crime que tenha congruência com o pedido<sup>9</sup>. Em cada hipótese deverá ser demonstrada a

<sup>6</sup> LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 722: “Feita essa distinção, compreende-se que a busca se destina a algo, ou seja, quem busca, busca algo. E esse algo será – uma vez encontrado – apreendido. Logo, a busca é uma medida instrumental, cuja finalidade é encontrar objetos, documentos, cartas, armas, nos termos do art. 240, com utilidade probatória. Encontrado, é o objeto apreendido, para, uma vez acautelado, atender sua função probatória no processo”.

<sup>7</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. Curso de processo penal norte-americano. São Paulo: RT, 2006p. 126. Discute-se no sistema americano os casos a) sem mandado que sejam razoáveis (reasonableness clause); e b) com mandado causas prováveis (warrant clause). Doutrina do castelo (castle doctrine).

<sup>8</sup> PITOMBO, Cleunice Bastos. Da busca e da apreensão no processo penal. São Paulo: RT, 2005, p. 91: “O direito fundamental só pode sofrer diminuição dentro da estrita legalidade. A hipótese de restrição há que estar prevista, modelada, em lei ordinária, consoante a Constituição; ainda, ter fins legítimos e possuir justificativa socialmente relevante. Devem ser considerados, também, os concretos meios, colocados à disposição, da justiça pública, para se atingir o fim desejado.”

<sup>9</sup> DUTRA, Luciano. Busca e apreensão penal: da legalidade às ilegalidades cotidianas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 91: “A autoridade judicial quando determinar a realização de busca domiciliar deve, efetivamente, motivar

necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito das medidas requeridas, a partir de investigações devidamente instauradas, já que sem investigação não há como se aferir os requisitos. É costume, todavia, o deferimento a partir de relatórios unilaterais, sem forma adequada, podendo, nesse caso, discutir-se a ausência de fundamentos formais e legais.

A verificação dos fundamentos da decisão que ausentes podem levar à declaração de ilicitude dos elementos probatórios amealhados, dar-se-á em contraditório diferido. Daí que decisões nulas, sem fundamento, ao mesmo tempo que autorizam, contaminam a prova. A exigência de uma decisão autorizadora bem fundamentada não deve ser preocupação somente do jogador defensivo, mas principalmente dos jogadores de acusação, sob pena de ganhar e não levar, depois.

### 3. O que se entende por casa?

Em relação ao controvertido conceito de casa, pode-se indicar que a norma deve ser interpretada no sentido de espaço privado, no qual o sujeito pode exercer seu direito à intimidade e à privacidade. Depende do contexto de cada situação. Abrange, em geral, os casos de: a) habitação definitiva (própria ou alugada); b) moradia ou ocupação de caráter provisório (de temporada, hotel, motel, hostel, barraca de *camping* e similares – STF, RHC 90.376-RJ); c) dependências da casa; d) estabelecimentos comerciais, industriais e condomínios de acesso restrito ao público; e) meios de transporte providos ou transformados em “casa”, ou seja, quando parados – barco, trailer, cabine de caminhão.

Os veículos, embarcações, aviões, bicicletas, motos, demais meios de transporte não recebem a proteção constitucional. Uma barraca montada na carroceria de um veículo não é equiparada para fins legais.

### 4. Mandado: quando e como deve ser cumprido?

O mandado de busca e apreensão, que deve ser cumprido durante o dia (das 6 às 20 horas, NCPC, art. 212), sob pena de nulidade, deve conter os requisitos do art. 243, do CPP: (i) indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do

a imprescindível necessidade da diligência, demonstrando de forma cabal os motivos justificadores que autorizam a violação daquilo que a própria Constituição Federal chama de ‘asilo inviolável’”

respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem; (ii) mencionar o motivo e os fins da diligência; (iii) ser subscrito por autoridade. Se a ordem for de prisão deverá, também, constar no texto do mandado (CPP, art. 240 § 1º).

A diligência deve ser realizada da forma menos invasiva ou prejudicial ao submetido (CPP, art. 248), apresentando cópia do mandado. Aliás, não há modelo democrático para toda a diligência não seja filmada, em pleno 2016, para garantia dos direitos de todos (agentes públicos e submetidos), evitando-se alegações de abusos, violações e mesmo de que o objeto ou bem apreendido foi “plantado”.

### 5. Os bens e objetos apreendidos

Diante do universo de bens e documentos que podem ser arrecadados, por conexão, pela diligência de busca e apreensão, da qual deverá ser lavrado termo circunstanciado (CPP, art. 345, § 7º), surge a questão do encontro fortuito<sup>10</sup>, pelo qual dentre o material se encontram elementos de outros crimes não vinculados ao autorizador da diligência, ou seja, para os quais os Direitos Fundamentais não teriam sido flexionados<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> NICOLITT, André. Lei n. 12.403/2011. O Novo Processo Penal Cautelar. A prisão e as demais medidas cautelares. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 112: “O mandado de busca e apreensão deve conter os motivos e a finalidade da diligência. Pensemos na hipótese de no curso da busca ocorrer o encontro de documentos ou objetos que dizem respeito não ao crime ou crimes que motivaram e deram contorno à finalidade da busca e apreensão e sim a crime ou crimes diversos e não relacionados ao objeto da investigação ou instrução. A isto se dá o nome de ‘encontros fortuitos’”.

<sup>11</sup> (STJ, HC 191.378, Min. Sebastião Reis Júnior): “Por isso mesmo, início com as seguintes reflexões: Qual o ‘valor mais nobre’: o valor de proteção à intimidade das pessoas ou o da busca da verdade nos processos? Qual o limite da relativização dos direitos fundamentais? Quais ‘os limites’ do direito à prova? O ‘modo de agir’ pode valer mais do que o ‘resultado’? Como devem ser vistas as regras probatórias? De um lado, busca-se a preservação da intimidade, da privacidade e de seus consectários (inviolabilidade de sigilo de dados e das comunicações telefônicas, bancário e fiscal); de outro, temos a segurança da coletividade e o poder-dever do Estado de reprimir práticas delitivas. (...) E é exatamente no processo penal, onde avulta a liberdade do indivíduo, que se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social/direitos de liberdade assume frequentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os

O foco da cautelar deve ser especificado justamente para se evitar os abusos. A exigência de que conste expressamente no mandado o objetivo e limites, teria o condão de evitar os abusos. Por isso mandados genéricos e desprovidos de descrição mínima de bens e/ou objetos, transforma-se, facilmente, em devassa, com os riscos de reconhecimento de ilicitude (CPP, art. 157). O mandado de busca deve ser específico, sob pena de nulidade, já que os genéricos são ilegais, embora se possa apreender os itens relacionados com o objeto da expedição (Andersen v. Maryland, 427 US 463 (1976)).

## 6. A busca domiciliar, consentimento e conduzido pode consentir?

No caso de Busca Domiciliar o consentimento fornecido por morador somente poderá ser válido, para diligência diurna ou noturna, quando se der pelo responsável pela casa, desprovido de pressão policial, mesmo simbólica, observado o disposto no art. 293, do CPP. A renúncia de um privilégio deve ser livre, consciente e desprovida de pressões. Assim, estando os policiais fardados, fortemente armados, acreditar-se em consentimento é cinismo. Também é inválido o consentimento do conduzido já preso, como é a prática de se dirigirem até a casa do acusado detido em outro local. O fato de o acusado ter sido detido no local X, não autoriza, por si, a entrada em sua residência em outro endereço, cuja validade pressupõe mandado específico.

O Tribunal Constitucional da Espanha emitiu julgado que pode nos servir de inspiração. No julgamento do recurso 11277/2012 (STS 4761/2013), relatado pelo ministro Juan Gomez de La Torre, restou consignado que a proteção constitucional ao domicílio e concretiza pela própria proteção à inviolabilidade enquanto âmbito de privacidade, pela qual o sujeito é *isento e imune* a qualquer tipo de invasão de outras pessoas ou autoridades públicas e, decorrência da primeira, a impossibilidade de se adentrar salvo nos casos de flagrante e não extensão do flagrante, concordância expressa do titular ou decisão judicial (STC 22/1984), as quais possuem caráter taxativo (STC 136/2000).

Especificamente sobre o consentimento do interessado a Suprema Corte Espanhola emitiu diversos julgados (STS 1803/2002,

direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas”.

261/2006, 951/2007) reafirmando a necessidade do preenchimento de requisitos para que a manifestação da vontade seja considerada válida, desprovida de pressão psicológica que impeça de exercer seus direitos constitucionais. Em decorrência dos diversos julgados (STS 1803/2002, 261/2006 e 922/2010), os requisitos, tendo em vista a normativa brasileira, são os seguintes:

a) *outorga por pessoa civilmente capaz* e no exercício de seus direitos.

b) *outorga consciente e livre*, a qual requer: b1) que não esteja invalidada por erro, violência ou intimidação de qualquer modo; b2) que não seja condicionada a alguma circunstância periférica, como promessas de qualquer atuação policial; b3) que se o consentimento for de pessoa que estiver presa/conduzida, não pode validamente prestar o consentimento se não tiver antes a assistência de um defensor, o que constará da diligência policial (STS 2-12-1998). Isso porque se a assistência de defensor é necessária para que o conduzido preste declarações, dado o prejuízo aos seus direitos, o consentimento também o será, em face da “*intimidação ambiental*” ou “*a coação que a presença dos agentes da atividade representa*”. (STS. 831/2000).

c) *pode ser prestada oral ou por escrito*, porém sempre vertida documentalmente.

d) *deve ser outorgada expressamente*, não servindo o silêncio como consentimento tácito, em face do princípio “*in dubio pro liberdade*” (STS. 7.3 y 18.12.97 e S. 23.1.98).

e) *deve ser outorgado pelo titular do domicílio*. A relação jurídica entre o titular do direito e sua salvaguarda deve prevalecer, não sendo necessária a propriedade. Em caso de múltiplos titulares algum deles pode conferir desde que não tenha interesses contrapostos, nem esteja no âmbito da pressão psicológica (STS. 779/2006).

f) *o consentimento deve ser outorgado para um caso concreto*, sem que seja usado para fins distintos, ou seja, vigora a especialidade da busca. (STS, sentença de 6 de junho de 2001).

Logo, salvo em hipóteses de ausência de pressão, exceção, cabe reconhecer a irregularidade da ação. Assim é que salvo se o conduzido for preso no quintal ou adjacências de sua residência, a prática vezeira em perguntar onde o conduzido mora e se dirigir ao local, legitimando a ação com o seu consentimento ou de familiares que assistem ao conduzido preso, torna, invariavelmente o material obtido pela diligência ilícito, devendo ser excluído do processo.

A desnecessidade de autorização nos casos de crimes permanentes exige que o flagrante esteja posto e não imaginado pelos agentes públicos que podem cercar a casa e requerer ao juiz competente, o mandado de busca e apreensão. A autoridade policial precisa ter causa e razões de justificação anteriores à busca e apreensão<sup>12</sup>. Entrar nas casas, arriscando-se a não ter flagrante, pode tornar a prova ilícita e, com o arroubo de valentia prejudicar a responsabilização penal.

## 7. Pode ser cumprida em outro local?

O Juiz competente para analisar os pedidos de busca e apreensão pode expedir mandados para serem cumpridos em outras comarcas. Não é necessária a expedição de carta precatória para esta finalidade, exigindo-se, apenas que antes da diligência tome-se o “ciente, cumpra-se”, da autoridade local ou se a urgência exigir, depois. A realização de atos probatórios em comarcas diversas, assim, precisa da ciência da autoridade judiciária com competência no lugar.

Em caso de perseguição à pessoa, assim como nas hipóteses de flagrante, o mandado é válido, não obstante esteja fora das limitações geográficas do juiz que a expediu. A lógica é não frustrar a diligência, na maioria das vezes, deferida sem contraditório.

## 8. Escritórios de Advocacia

Os Escritórios de Advocacia podem ser objeto da busca e apreensão exclusivamente dos documentos descritos e necessários à configuração material do crime, não podendo sofrer devassas e apreensão abusiva de todos os documentos, pastas e computadores, mas somente os vinculados à diligência, a qual deverá ser acompanhada por representante da OAB (EOAB, art. 7º, II). O Escritório do Advogado, ainda, que possível a busca e apreensão, não pode ser o álibi para finalidades outras, com a utilização da busca e apreensão de crime de terceiro como meio hábil a investigar o próprio advogado, salvo se já estiver sendo, constituindo-se em modalidade de *doping*<sup>13</sup>.

Com maior vigor, então, prevalecem limitações ao encontro fortuito em face do advogado e de terceiros clientes que tenham

<sup>12</sup> BLOOM, Robert M; BRODIN, Mark S. Criminal procedure. New York: Aspen Law, 2000, p. 47.

<sup>13</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Empório do Direito: Florianópolis, 2016, p. 369.

documentos apreendidos, os quais não poderão ser utilizados alegando-se encontro fortuito. A exceção da entrada em escritórios deve se vincular a obtenção de documento determinado e não à arrecadação de todos os documentos do escritório, além de servir, nos últimos tempos, como tática de humilhação e retaliação à atuação de alguns, por parte de jogadores que jogam sujo<sup>14</sup>, em face de atividades “neutras”<sup>15</sup> próprias do exercício da função.

## 9. Buscas pessoais: as revistas

Buscas pessoais são práticas policiais reiteradas e problemáticas. De início cabe dizer que as Guardas Municipais não estão autorizadas a proceder “buscas pessoais”, por lhes faltar atribuição para tanto, sendo a apreensão nula, embora validada por alguma jurisprudência defensiva. Só a Polícia Militar ou Judiciária, ou as especiais, podem promover a diligência, valendo-se de animais farejadores em bagagens (United States vs Place 462 US 696 (1983)), bem assim de testes químicos em bagagem (United States vs Jacobsen 466 US 109).

A denominação “atitude/fundada suspeita” é mantra entoado e que quando se pergunta, “*mas especificamente em que consistia a atitude/fundada suspeita?*”, o agente não sabe responder. Por mais que a prática

<sup>14</sup> LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 734: “O problema da busca em Escritórios de Advocacia é que ela tem sido banalizada de forma perigosa, muitas vezes com a (encoberta) intenção de intimidar ou mesmo humilhar e estigmatizar o profissional do que propriamente com fins probatórios”.

<sup>15</sup> PRADO, Geraldo. Ações Neutras e Incriminação da Advocacia. Consultar: <http://emporiiododireito.com.br/acoes-neutras-e-a-incriminacao-da-advocacia-por-geraldo-prado/>: “Com muita frequência constato casos em que a atividade da advocacia sofre tentativas de incriminação, quer de forma dissimulada, a título de suposta colaboração de advogados, por seu ofício, na prática delitiva de outrem, com a insidiosa comparação da conduta do causídico a formas comuns de coautoria ou participação, quer de maneira bastante clara, ao se pretender coibir atos próprios da atividade, como aconselhamentos e orientações estratégicas respaldados na garantia que têm os clientes contra a autoincriminação compulsória, subvertendo-se o julgamento jurídico em pretenso julgamento moral. (...) Para entender o ponto é necessário partir do conceito jurídico-penal de ações neutras. Segundo Luís Greco, ‘ações neutras seriam todas as contribuições a fato ilícito alheio não manifestamente puníveis.’ Em que circunstâncias essas “ações neutras” surgem? A rigor, as “ações neutras” aparecem em contextos delimitados de atuação profissional, cotidiana ou habitual. Nesta esfera o autor da ação neutra realiza os comportamentos ordinários de sua profissão e estes atos, todavia, configuram contribuição à ação delitiva alheia”.



da profissão e treinamento possa gerar a capacidade de os profissionais compreenderem melhor os sinais e também a leitura corporal das pessoas, não há justificativa democrática para intuição, exigindo-se conduta anterior caracterizadora da “fundada suspeita”. Em outras palavras: a pergunta é se esse “tino”, essa “capacidade sensorial” é suficiente para a legitimidade de uma abordagem pessoal, muitas vezes humilhante, violadora, mesmo que momentaneamente do direito de ir e vir, especialmente em abordagens policiais coletivas ou em “blitz”. A resposta *prima face* que se pode dar depende do contexto da abordagem e não se pode, sem analisar o caso (tendo tudo em conta), apontar-se o acerto da medida, salvo para aqueles que “validam” qualquer abordagem de segurança pública em face dos – dizem eles – interesses maiores da coletividade.

Do ponto de vista normativo, a teor do art. 240, § 2º, do CPP, somente (condição, pois) quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior (coisa achadas ou obtidas por meio ilícito; instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu; apreender cartas – CR, art. 5º, XII, não autoriza esse último; colher qualquer elemento de convicção.). O texto normativo é por demais amplo, especialmente pela possibilidade gigante de colher qualquer elemento de convicção que não pode se transformar em alibi para violações reiteradas de Direitos Fundamentais, como se verifica nas abordagens coletivas, sem motivo precedente e justificado.

Assim é que a “fundada suspeita” decorre de ação ou omissão do abordado e não simplesmente porque o agente público “não foi com a cara” ou porque o local é perigoso, pelos trajes do submetido, cor, ou seja, por estigmas e avaliações subjetivas, não configurando desobediência a negativa imotivada<sup>16</sup>, pois deve ser algo concreto, sob

<sup>16</sup> STF, HC 81.304-4 (Min. Ilmar Galvão): “A fundada suspeita, prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter configurado na alegação de que trajava, o paciente, ‘blusão’ suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias, ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder”.

pena de nulidade da abordagem e, também, prejuízo à prova. Não se pode aceitar, assim, como normal, a nociva prática utilizada pela Polícia Militar de emparedar toda e qualquer pessoa, classificando discricionariamente os potenciais suspeitos, via estigmas<sup>17</sup>, dado que violadora dos direitos constitucionais da presunção do estado de inocência (art. 5º, LVII, CR) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR). Tal prática é rotineira, conforme se observa com frequência nos processos penais, podendo contaminar o resultado, caso desprovida de justificativa democrática.

## 10. Busca em mulher e transgênero

Se o alvo da busca e apreensão ou da revista for mulher, será feita por outra mulher (agente estatal), se não resultar retardamento ou prejuízo à diligência (CPP, art. 249). O constrangimento de ser revistado por homem, da mulher que é meramente “abordada” (no caso de revista pessoal) ou é alvo de mandado de busca e apreensão, exige mais cuidado. Aí que salvo nos casos em que houver risco de cometimento da infração, poderá ser procedida a revista, sendo que nos demais casos deve-se solicitar o concurso de policial feminina. Nos casos de cumprimento de mandado de busca e apreensão em que se sabe que o alvo é feminino, a justificativa de não dispor de agente feminina é mendaz e talvez esconda uma perversão do agente estatal em manipular o alvo.

No caso de transgênero o respeito por seus direitos ainda não faz parte da cultura coletiva, acontecendo as mais diversas violações, com ridicularizações e violações de direitos. Para esses, deve ser respeitada sua identidade de gênero (masculina ou feminina).

## 11. Extração com intervenção corporal

Na extensão da revista íntima, a realizada, portanto, com possível intervenção em cavidades corporais, surge a discussão da legitimidade da extração, à força, de produtos ou material ilícito ingerido ou trazido pelo revistado, como nos casos de “mulas”. A garantia do *nemo tenetur se detegere*, estende-se aos casos de revista corporal, constituindo-se em providência abusiva, embora tolerada pela jurisprudência, a extração

<sup>17</sup> BACILA, Carlos Roberto. Estigmas: um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

(por introdução de instrumentos, cirurgias, remédios), com intervenção corporal, do corpo. Claro que se houver concordância informada (depois de se aconselhar com defensor) poderá ser realizada<sup>18</sup>.

As garantias de investigação deveriam incidir na intervenção corporal, conforme já alinhado no momento em que se demonstrou a gravidade da intervenção corporal (15.9.). É bem comum a prática de submetimento das visitas de presos ao regime de exposição das cavidades, em espelhos e por “toque” interno, providências violadoras da dignidade humana. A tendência de declaração de nulidade de “revistas vexatórias” é crescente.

## 12. Considerações finais

Embora a imputação, em tese, de crime de tráfico de drogas seja grave, nem por isso os meros suspeitos devem ser alijados das garantias e direitos constitucionalmente previstos, dentre eles o regime de busca e apreensão. Daí a importância de sublinhar que não é pelo simples fato de se apurar condutas de tráfico que se pode superar o regramento democrático em nome dos fins. O estudo e sustentação das regras do jogo no tocante à cautelar de busca e apreensão é tarefa diária, especialmente em tempos em que as regras são obstáculo à sanha punitiva. Esse breve estudo objetivou demonstrar que sem a observância das regras de obtenção de provas, o resultado material estará contaminado pela ilicitude, na pretensão de se entender as regras do jogo processual penal como garantias.

## Referências

BACILA, Carlos Roberto. Estigmas: um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BLOOM, Robert M; BRODIN, Mark S. Criminal procedure. New York: Aspen Law, 2000.

DUTRA, Luciano. Busca e apreensão penal: da legalidade às ilegalidades cotidianas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

<sup>18</sup> LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 741: “Será que a ‘busca pessoal’ com o fim de apreender a substância pode autorizar uma intervenção corporal (cirúrgica, ou ministrando medicamento adequado) para apreensão da substância? Não, salvo se houver o consentimento válido do agente. Isso porque, nesse caso, a questão é deslocada para outra esfera, a da intervenção corporal”.

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2014

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Empório do Direito: Florianópolis, 2016.

NICOLITT, André. Lei n. 12.403/2011. O Novo Processo Penal Cautelar. A prisão é as demais medidas cautelares. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PITOMBO, Cleunice Bastos. Da busca e da apreensão no processo penal. São Paulo: RT, 2005.

PRADO, Geraldo. Ações Neutras e Incriminação da Advocacia. Consultar: <http://emporiiododireito.com.br/acoes-neutras-e-a-incriminacao-da-advocacia-por-geraldo-prado/>

RAMOS, João Gualberto Garcez. Curso de processo penal norte-americano. São Paulo: RT, 2006.

ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. Delegado de Polícia em Ação. Salvador: JusPodivm, 2014.

# A difícil distinção forense do tráfico e do porte para uso próprio de drogas:

Um contributo da concepção significativa da ação

22

Paulo César Busato<sup>1</sup>

## 1. Introdução

Um dos pontos mais complexos e mais debatidos no âmbito da imputação criminal relacionada às drogas é a diferenciação, nos casos concretos, entre os crimes de tráfico e de porte para uso próprio.

Ciente de que a diferença entre um comportamento e outro reside em um especial fim de agir, a *praxis* forense apresenta, com frequência indesejável uma profusão enorme de casos que soam extremamente injustos. Mais ainda quando observados por ângulos simplificadores como a comparação entre diferentes imputações a partir meramente da quantidade de droga apreendida, ou a partir de afirmações estapafúrdias sobre a efetiva pretensão do agente, partindo de anacrônicos critérios de aferição de um elemento subjetivo de caráter ontológico-psicológico, completamente inacessível e, portanto, fruto de um mero exercício de adivinhação.

A razão para a produção de tantos resultados evidentemente injustos reside, segundo parece, em dois pontos chave: o primeiro, e mais grave, é a insistência anacrônica em preservar uma perspectiva finalista a respeito da ação, quando sabidamente o paradigma ontológico que a inspira tem completamente esgotada sua capacidade de rendimento, sendo completamente incapaz de oferecer qualquer perspectiva ou ponto de vista técnico-teórico para a solução do problema; o segundo, é a pretensão de uma canhestra simplificação residente na vinculação

<sup>1</sup> O autor é doutor em Problemas atuais do direito penal pela Universidad Pablo de Olavide, Espanha, Professor da graduação, mestrado e doutorado da UFPR e da FAE e Procurador de Justiça do Estado do Paraná.

da quantidade de drogas tanto para a identificação dos casos de tráfico e porte para uso quanto para apontar o dedo crítico a respeito de resultados jurisdicionais supostamente injustos.

Este artigo se propõe a oferecer um contributo de base teórica bem como uma baliza de critérios forenses que, sem pretensão de verdade como correspondência, visa uma pretensão de justiça, consistente na busca de aproximar-se o máximo possível de um resultado justo, que é o quando se pode almejar com qualquer sistema de imputação.

Para tanto, a proposta se equilibra sobre uma concepção significativa de ação, a única base teórica com alguma capacidade de rendimento prático para o assunto.

## 2. Delimitação do problema

Os casos forenses de mais difícil resolução prática no âmbito da lei de drogas são os de delimitação da imputação entre o tráfico e o porte para uso de drogas.

A questão é extremamente grave, porque o tratamento jurídico oferecido para um caso e para outro é completamente distinto, desde a abordagem policial até a execução de pena. Enquanto que o porte de drogas para uso próprio é algo completamente alheio à condição criminal, consistindo em um ilícito que dificilmente se poderia qualificar como pertencente à esfera penal, o tráfico de drogas é um dos crimes que recebe o tratamento mais rigoroso do sistema punitivo.

O porte de drogas para uso próprio não pode ser qualificado como crime, afinal, o decreto-lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941 (lei de introdução do código penal e da lei das contravenções penais) estabelece, em seu art. 1º: *considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.*

Como nenhuma dessas penas é aplicada, não se pode falar que porte de drogas para uso próprio constitua crime.

Tampouco é possível dizer que se trata de contravenção penal, já que estas, reguladas pelo decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (lei das contravenções penais), são identificadas, em seu art. 5º, também pelas penas principais, que são: I – prisão simples e II – multa.

Como se pode ver das sanções previstas no art. 28 da lei 11.343/06, as penas são de I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação

de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Somente em caso de descumprimento de tais medidas é que o § 6º do mesmo dispositivo prevê que, caso injustificadamente se recuse o agente a cumpri-las, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I – admoestação verbal ou II – multa.

Como se nota, não sendo nenhuma das penas principais aquelas das contravenções, é perfeitamente possível dizer que este ilícito é menos do que uma contravenção e, portanto, não possui, definitivamente, caráter penal.

É bem verdade que o legislador brasileiro foi tímido ao deixar de afirmá-lo, mas estes elementos são mais do que suficientes para denotar a circunstância.

Naturalmente, por força disso é completamente descabida a aplicação de qualquer das cautelares do processo penal em desfavor daquele imputado por porte de drogas para uso próprio.

Em contrapartida, o autor do crime de tráfico de drogas é apenado com reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, pena esta que ainda pode sofrer agravamento nas hipóteses do art. 40, da lei 11.343/06, de até 2/3, chegando a uma pena máxima possível de 25 anos.

Ao ser considerado crime equiparado aos hediondos (art. 2º, da lei 8.072/90), o tráfico de drogas tornou-se insuscetível de anistia, graça e indulto e fiança.

Além disso (conforme o art. 2º, § 1º da lei 8.072/90), a pena por este crime será cumprida inicialmente em regime fechado, embora, neste ponto a *praxis* forense, em uma completa afronta à legalidade, tenha permitido o início de pena em regime diverso.

Ademais (conforme o art. 2º, § 2º da lei 8.072/90), a progressão de regime, no caso dos condenados por tráfico de drogas, dar-se-á somente após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

Ainda (conforme o art. 2º, § 3º da lei 8.072/90), há uma inversão da regra do direito de apelar em liberdade, exigindo fundamentação judicial para o que a lei considera exceção, que é a possibilidade de fazê-lo, dispensando-a – aqui, de modo absolutamente inconstitucional<sup>2</sup> – para o contrário.

<sup>2</sup> Refiro-me à exigência do art. 5º, inciso IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, *sob pena*

Portanto, não há nenhuma dúvida sobre o fato de que o tratamento jurídico do tráfico de drogas e do porte para uso próprio são completamente distintos.

Entretanto, ao analisarmos o foco de nossa discussão – qual seja, a imputação – verifica-se uma incrível e ao mesmo tempo indesejável similitude.

O tipo do uso de entorpecentes tem o seguinte enunciado:

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

Por sua vez, o tipo do tráfico contempla o seguinte conteúdo:

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:

Ambos possuem vários núcleos do tipo de ação que correspondem a uma identidade total, a saber: *adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo*.

A par destes, o caso do tráfico também inclui os núcleos de *importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, vender, expor à venda, oferecer, prescrever, ministrar, entregar a consumo e fornecer, ainda que gratuitamente*, os quais não aparecem na figura do uso.

O restante dos elementos do tipo de ação é quase que absolutamente coincidente, pois o objeto ao qual se referem às condutas é o mesmo: *drogas*, e os elementos normativos dos tipos são absolutamente idênticos, consistentes em uma cláusula de autorização: *sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*.

Finalmente, completa-se o quadro de cotejo entre os tipos a partir da constatação de que o tipo penal do uso de entorpecente contempla um especial fim de agir: *para consumo pessoal*.

de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Excluídos, portanto, os núcleos do tipo que são exclusivos da figura do tráfico, e a figura de *ter em depósito*, que evidentemente não constitui sequer ação<sup>3</sup>, restam algumas condutas das mais comuns (adquirir, guardar, transportar e trazer consigo), que são absolutamente coincidentes.

A distinção, em um jogo de tudo ou nada, de não ser sequer crime, para ser um crime tratado de modo absolutamente recrudesciente passa do âmbito estritamente objetivo (trazer consigo droga, por ex.) para o campo subjetivo (ser esta posse ou não visando o consumo próprio).

Deste cotejo, conclui-se que salvo nas hipóteses em que o núcleo do tipo do tráfico não se repete no tipo do uso – que são, diga-se, a minoria –, a coincidência entre os dois enunciados normativos é quase total. A diferença reside unicamente no especial fim de agir, consistente na expressão que delimita a destinação específica da droga ao consumo daquele que realiza a ação descrita pelo núcleo do tipo.

Isto equivale a dizer que, sendo o caso relativo à *aquisição, guarda, transporte e porte* de drogas sem licença da autoridade, a diferenciação entre o traficante e o usuário se dá unicamente pela identificação do propósito de consumo próprio.

E nisso reside um *jogo de identificação* que tem importância crucial, uma vez que ele existe desde a abordagem policial, pois aí já se tem que definir o cabimento ou não de flagrante, até a questão da liberação ou não depois da oitiva, até o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, a competência dos órgãos jurisdicionais respectivos e um longo etc..

Como estas ações correspondem à imensa maioria das situações de flagrante envolvendo drogas, a identificação da destinação ao uso próprio assume um protagonismo impressionante.

Por isso, a precisão da identificação do especial fim de agir no caso destes tipos de ação constitui o eixo de qualquer estudo sério sobre o tema.

<sup>3</sup> Sobre o tema, que não cabe discutir aqui, remeto às considerações específicas que fiz em BUSATO, Paulo César. “Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el *civil law* y el *common law* en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher”, in *Revista Penal* n. 35, Huelva-Valencia: Tirant lo Blanch, Enero de 2015, pp. 5 e ss.. Há versão em português em BUSATO, Paulo César. “Uma crítica aos delitos de posse a partir do conceito de ação significativa: conexões entre o *civil law* e o *common law* nas teses de Tomás Vives Antón e George Fletcher”, in *Delitos de posse: drogas, porte de arma e pornografia*. [José Danilo Tavares Lobato, Eduardo Saad-Diniz e Andrés Falcone – org.] São Paulo: Liber Ars, 2016, pp. 169 e ss.

### 3. A evidente insuficiência da dogmática clássica

O problema é que o cenário dogmático brasileiro, porque ainda atrelado às bases anacronicamente ontológicas do sistema finalista não tem oferecido solução razoável aos operadores do direito que os permita dar soluções minimamente justas ou formular critérios uniformes e aceitáveis para os casos concretos. Na verdade, tal postura remete a um *caos* casuístico, à insegurança jurídica, a decisões díspares e à inutilidade dos precedentes para firmar entendimentos. Tudo por obra e graça de uma falta de verticalização teórica.

A questão de fundo é simples: como a maioria dos Tribunais e dos Manuais de Direito penal segue professando apoio às bases teóricas do finalismo, organiza-se a teoria do delito a partir de um conceito de ação ontológico. Como consequência, o tipo tem sido visto ainda como portador de elementos objetivos e subjetivos e, estes últimos, seguem sendo identificados como o dolo ou a culpa e os chamados *especiais fins de agir*. E, finalmente, estes elementos subjetivos todos são vistos como dados ontológicos.

Veja-se, como exemplo, a opinião de Juarez Cirino dos Santos<sup>4</sup>:

“O dolo é o elemento subjetivo geral dos fatos dolosos, o programa psíquico que produz a ação típica, mas não é o único componente subjetivo dos crimes dolosos. O legislador contemporâneo inscreve, frequentemente, na dimensão subjetiva dos crimes dolosos, determinadas características psíquicas complementares diferentes do dolo, sob a forma de intenções ou de tendências especiais, ou de atitudes pessoais necessárias para precisar a imagem do crime ou para qualificar ou privilegiar certas formas básicas de comportamentos criminosos. Assim, não há furto na subtração de coisa alheia móvel sem intenção de apropriação; não há crime sexual se a ação típica não parece impregnada de libido, como tendência interna voluptuosa etc.”

Acontece que o dado ontológico a respeito de uma intenção – já seja a intenção que guia a ação dolosa ou qualquer outra especial finalidade que possa ser móvel da conduta do sujeito – não são acessíveis ao juízo de imputação, por consistirem em um fenômeno interno, mental, desconectado completamente da teoria do delito.

<sup>4</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal Parte Geral*. 3ª Ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 163.

Este, aliás, é o “calcanhar de Aquiles” que conduziu à falência do finalismo. Ao julgador não é dado conhecer o que se passa na cabeça do agente antes mesmo de que ele aja. A crença equivocada de que o dolo e os especiais fins de agir são fenômenos naturais e como tal devem ser identificados para que se possa afirmar a verdade de um caso levariam à absoluta impossibilidade de qualquer condenação válida, pois é absolutamente impossível a qualquer julgador estabelecer a verdade como correspondência a respeito do que pensou o agente antes e no momento do fato, a partir da parca reconstituição que constitui o processo.

Que as ações humanas são movidas por finalidades está fora de dúvidas. O problema é que absolutamente nenhum sistema de imputação permite afirmar, em tom de verdade como correspondência, qual é a efetiva finalidade que moveu a atitude do agente.

Exatamente esta falha no raciocínio finalista foi perfeitamente detectada por Fletcher, quando alertou para a necessidade de voltar-se a atenção à análise não da finalidade, mas de *como se percebe* a finalidade.

“Una expresión comprensión humanista de la acción exige que abandonemos la idea de una explicación científica que conciba la acción como un producto de factores causales, sino la comprensión de cómo los seres humanos actúan cuando efectivamente lo hacen. Esta diferenciación procede de la Filosofía alemana de principios del siglo XX y concretamente del filósofo alemán Dilthey que distinguió entre *verstehen* (comprender) y *erklären* (explicar). La idea es que la conducta humana – como algo opuesto a los fenómenos naturales – sólo puede ser comprendida y no explicada en términos científicos.”<sup>5</sup>

“En nuestra opinión, la teoría de Welzel, correctamente interpretada, representa un avance filosófico significativo. Lo que primero interesó a Welzel y a sus continuadores fue la metodología para percibir la acción humana. La diferencia entre el movimiento corporal y la acción humana es que cuando alguien actúa podemos percibir un propósito en lo que está haciendo. Lo que percibimos cuando vemos que alguien está actuando no es, por tanto, una manifestación de la voluntad, sino la afirmación de un particular propósito. La

<sup>5</sup> FLETCHER, George P. *Conceptos Básicos de Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1997, p. 90.

esencia del argumento de Welzel, que en términos generales se puede considerar correcto, es que no sabemos que alguien está actuando como no sea percibiendo que esa actuación de la persona se realiza con algún objetivo. [...] La noción de <propósito> quizás no sea enteramente adecuada para definir este tipo de actividades, una que muchas veces las mismas no son más que parte de una cadena de actos y no un acto en sí mismo.

Quizás lo más provechoso de la teoría de Welzel sea concebirla más como una teoría de la relación entre acción y propósito que como una teoría de la acción propiamente dicha.

[...]

Percibir que otros están actuando y queriendo, es algo implícito en una forma de vida en la que todos estamos inmersos. Aprender el lenguaje del <propósito> es aprender cuándo las circunstancias nos permiten decir que alguien quiso golpear a otro y no simplemente decir que el golpe fue accidental o fue dado distraídamente.<sup>67</sup>

É mais do que evidente a insuficiência de tomar-se como base da imputação, como fórmula de diferenciação entre o tráfico de drogas e o porte de drogas para uso próprio, um inacessível processo mental.

Esta impossibilidade foi muito bem identificada por Vives Antón<sup>7</sup>, al afirmar que “*para determinar si una acción es o no intencional, habremos de atender, no a inverificables procesos mentales, a sentimientos y deseos, sino a si en la acción realizada se pone o no de manifiesto un compromiso de actuar del autor*”.

Portanto, é necessário buscar outra fonte de referências construtiva para um paradigma suficientemente razoável para dirimir as dúvidas de imputação em questão.

#### 4. O reconhecimento comunicativo-linguístico como superação do paradigma descritivo-ontológico

Daí vem a progressiva afirmação e ganho de terreno da filosofia da linguagem como teoria de base para o sistema de imputação. É que

<sup>6</sup> Idem, p. 92-93.

<sup>7</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 246.

definitivamente não se pode descrever quaisquer elementos subjetivos, senão somente reconhecê-los em um contexto.

Especificamente no que concerne ao tema que nos interessa, esta postura, muito mais adequada e consentânea com a realidade forense de todos os operadores do direito, remete ao reconhecimento de que o tanto o dolo quanto um especial fim de agir constituem atribuições e não realidades psíquicas.

Na operação concreta, o juiz *reconhece* a existência de dolo ou de especiais fins de agir, *não as descreve*. O dolo e os especiais fins de agir não são descritos, mas percebidos. Isto é, “*abandona-se completamente a idéia, errônea, de pretender descrever quando há dolo e se substitui pelo intento de compreensão sobre o nível de gravidade refletido na contradição entre a ação realizada e a norma, que é, sem qualquer dúvida, a tarefa de adscrição do dolo*.”<sup>8</sup> A percepção de que o motivo de atuação do sujeito é certa e determinada depende, portanto, de uma dimensão de sentido. Esta dimensão de sentido é composta por indicadores objetivos que devem ser aferidos contextualmente, com vistas a identificar qual era a real pretensão do sujeito. Sabe-se que “*o dolo guarda estreita relação com o processo penal, ou seja, com a teoria da prova*” isto é, “*o dolo se resume ao dolo que se pode demonstrar*”<sup>9</sup>. Expressiva e representativa dessa forma de pensar é a conhecida tese de Bockelmann, muito bem resumida por Díez Ripollés:

“Não é tarefa dos conceitos subjetivos do Direito penal expressar teses ou proposições psicológicas, senão ser simples ‘títulos’, ‘suportes’, de ‘determinados pressupostos de valoração jurídica das condutas humanas’. Desde logo que a concreção de tais pressupostos não é arbitrária, mas isso não quer dizer que a decisão se deva tomar a teor de uma investigação psicológica ou que deva vincular-se aos conteúdos que a psicologia outorga a tais conceitos”<sup>10</sup>.

Neste passo, a convicção a respeito da tomada de determinada ação como ofensiva ao bem jurídico se forma menos pela

<sup>8</sup> BUSATO, Paulo César; PÉREZ, Carlos Martínez-Buján; PITA, María Del Mar Díaz. *Modernas Tendências sobre o dolo em Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 120.

<sup>9</sup> Idem, p. 101-102.

<sup>10</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990, p. 74.

convicção psicológica do agente e mais a partir de elementares que indicam (*indícios*) a prática de ações que signifiquem desrespeito à tutela dos bens jurídicos, por alterações fáticas na realidade (*materialidade*) associadas aos fatores externos de comprovação da conduta, que tendem a avigorar o liame entre a materialidade e os indícios num tipo penal.

Verificadas as circunstâncias em que se desenvolve o *caso*, chega-se inexoravelmente à necessidade ou desnecessidade de atribuição da responsabilidade.

Nota-se, pois, que os elementos subjetivos do ilícito são detectados mediante um processo de análise e atribuição. Esta é, aliás, a posição dominante na doutrina moderna.

“Para la aplicación del Derecho en la práctica la discusión en torno a los presupuestos conceptuales del dolo eventual es más bien secundaria. El problema capital de los tribunales consiste en la cuestión de cómo pueden comprobar si el autor consideró posible el acontecer típico en el caso concreto o – tal como lo formularía la propia jurisprudencia – si ha confiado irracionalmente en que ese acontecer no se realizaría. Al igual que ocurre con todos los elementos subjetivos, este fenómeno psíquico sólo puede ser inferido a partir de circunstancias externas. En ese sentido, le corresponde a la intensidad del riesgo creado por la acción una importancia decisiva. Cuanto más manifiesto era el peligro de realización del acontecer típico, más cerca se estará de que el autor mismo haya reconocido este peligro, es decir, que, a partir de su conocimiento empírico general, haya extraído la conclusión de que en el caso concreto se podía llegar a un acontecer de esa índole.”<sup>11</sup>

Pois bem. Ainda antes, em um processo de verificação da relevância conceitual do caso, aparecem, em certos tipos como os aqui em estudo, outros elementos subjetivos consistentes em especiais fins de agir, cuja presença determina a tipicidade e cuja ausência determina a atipicidade. Na verdade, há elementos que compõem o próprio sentido da ação, antes mesmo da análise de sua ilicitude, como bem esclarece Carlos Martínez-Buján Pérez, com apoio nas lições de Vives Antón:

<sup>11</sup> FRISTER, Helmut. *Derecho penal – parte geral*. 4º Ed. Buenos Aires: Hammurabi J. L. D.: 2009, p. 231.

“[...] si bien es cierto que para conceptuar el tipo de acción no puede incluirse entre sus elementos necesariamente la intención, no lo es menos que existen casos en que el tipo de acción puede aparecer integrado con momentos subjetivos, en la medida en que hay clases de acciones que no podrían ser definidas sin tales momentos.

Así, ejemplifica VIVES (1996, p. 274), sucedería con mentir, que es un tipo de acción relevante, v. g., para el delito de falso testimonio. Comoquiera que mentir consiste en conocer lo verdadero y decir intencionalmente lo falso, la intención juega aquí un papel definitorio (en le sentido más arriba apuntado de la función definitoria) y pertenecerá, por ende, al tipo de acción.

De ahí que VIVES hable de intencionalidad objetiva para referirse a aquella intencionalidad que cumple un papel definitorio o conceptual en el tipo de acción correspondiente, en la medida en que, merced a los citados momentos anímicos, el significado de la acción (que se atribuye a ciertos movimientos corporales a la ausencia de ellos) tiende a objetivarse, a diferencia de lo que cabe denominar intencionalidad subjetiva, que debe ser ubicada en la pretensión de ilicitud (vid. VIVES, 1996, p. 224; ORTIS/G. CUSSAC, 2004, p. 151; GÓRRIZ, 2005, p. 323).

[...]

De este modo, en el marco de la concepción significativa de la acción los tradicionalmente calificados en la dogmática penal como <elementos subjetivos del injusto> o <elementos subjetivos de la antijuridicidad>, que no se identifican con el dolo, quedan incorporados al tipo de acción como elementos subjetivos del tipo de acción, desempeñando ya una función definitoria de dicho tipo, a fuer de constituir un criterio conceptual más para valorar la acción”<sup>12</sup>.

Estes elementos, porque também são de caráter subjetivo, não serão passíveis de descrição, pois não possuem corporificação concreta. Eles somente podem ser percebidos contextualmente.

## 5. O elo perdido. A tese dos indicadores externos de Hassemer

Antes mesmo do advento de uma base teórica para o Direito penal oriunda da filosofia da linguagem, Winfried Hassemer já afirmava –

<sup>12</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal económico y de la empresa – parte general*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 266-267.



quicá por ter expressado já antes a compreensão linguística do processo de comunicação como fonte da imputação<sup>13</sup> – que a aferição de elementos subjetivos provém da análise de *indicadores externos*.

Hassemer<sup>14</sup> sustenta que saber “que tipos de comportamentos dolosos devem se diferenciar, quais devem ser separados dos não dolosos, quais devem ser sancionados penalmente, todas estas perguntas não podem ser discutidas desde um ponto de vista ontológico, mas somente desde uma perspectiva deontológica, ou seja, são questões abertas às expectativas de justiça historicamente variáveis”.

Como conseqüência, a atribuição de responsabilidade através do reconhecimento de elementos subjetivos depende de uma valoração, da adoção de critérios normativos.

Hassemer partiu da *ratio* da penalidade do dolo<sup>15</sup>, ou seja, ele abre mão de discutir “o que é” o dolo, propondo tão somente discutir a razão pela qual se castigam mais gravemente os crimes considerados dolosos, quando comparados aos imprudentes, pois, “quem não pode responder a esta pergunta, não poderá fundamentar os limites do dolo em critérios normativos aceitáveis”<sup>16</sup>.

É que categorias como dolo e imprudência guardam entre si diferentes graus de desvalorização das condutas às quais elas se associam<sup>17</sup>.

Disso extraiu Hassemer a conclusão de que as tentativas de buscar a intenção na vontade interna do agente, em geral, padeceram de incapacidade de demonstração, enquanto que as tentativas de descrição com base na periculosidade da atitude, padeceram de falta de correspondência com a real intenção.

<sup>13</sup> Veja-se, a respeito, HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde e Luís Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, pp. 103-105.

<sup>14</sup> HASSEMER, Winfried. “Los elementos característicos del dolo”. En ADCP, trad. de María del Mar Díaz Pita, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990, p.914.

<sup>15</sup> Nesse sentido o comentário de DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, p. 190.

<sup>16</sup> HASSEMER, Winfried. “Los elementos característicos del dolo”...*op. cit.*, p. 914.

<sup>17</sup> Assim também ocorre em outros sistemas, como os do *Common Law*, mesmo que nestes existam categorias intermediárias como a *recklessness*. Vide, a respeito, PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “Common Law”*. Granada: Comares, 2002, pp. 78 e ss.

Para a solução do problema, Hassemer propôs que, se o dolo escapa ao campo de contemplação do observador, não pode ser descrito, pelo que, a aproximação do tema deve ocorrer de modo indireto, através de dados objetivos que cumpram os seguintes requisitos: seu caráter observável, sua exaustividade e sua relevância para o elemento subjetivo em questão<sup>18</sup>.

Evidentemente, os indicadores externos são tantos e tão amplos que não seria possível esgotá-los. Trata-se, na realidade, da análise de todas as circunstâncias que estão ao redor do atuar. Hassemer<sup>19</sup> observou que “a ordenação sistemática dos indicadores resulta de sua missão e da estrutura de seu objeto, ou seja, eles hão de possibilitar uma conclusão fiável a respeito da existência do dolo”, para cujo objetivo hão de seguir os seguintes passos: demonstrar o perigo da situação concreta para o bem jurídico, a representação do agente a respeito desse perigo e sua decisão a respeito da realização do mesmo. Mas, neste trabalho de identificação, é necessário ter em conta que tão somente a situação de perigo oferece dados descritíveis, os dois seguintes passos só podem ser realizados por meio de deduções derivadas dos indicadores<sup>20</sup>.

Em resumo, Hassemer entende que o dolo é uma “decisão a favor do injusto”<sup>21</sup>, mas entende também que o dolo é uma instância interna não observável, com o que, sua atribuição se reduz à investigação de elementos externos que possam servir de indicadores e justificar sua atribuição.

Desta construção de Hassemer, parece derivar algo muito importante que, porém, o autor não trata de explorar: a idéia de transmissão de um significado. Hassemer atribui, ao combinar os indicadores externos e os critérios (valorativos) de delimitação do dolo, a identificação deste à possibilidade de sua atribuição, mas não trata de explicar o processo justificante de tal identificação. Ao afirmar que o dolo, embora seja um fenômeno interno ao sujeito, demanda, para sua

<sup>18</sup> HASSEMER, Winfried. “Los elementos característicos del dolo”...*op. cit.*, p. 925.

<sup>19</sup> Idem, p. 929.

<sup>20</sup> Tanto é assim que existem autores, como Muñoz Conde, que sustentam que o elemento subjetivo do tipo depende sempre de uma dedução, já que não é simplesmente observável. MUNÓZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*, 6ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 267.

<sup>21</sup> HASSEMER, Winfried. “Los elementos característicos del dolo”...*op. cit.*, p. 931.

afirmação, da comprovação de indicadores externos que justifiquem sua atribuição, Hassemer assume a idéia de que somente diante da expressão externa, compatível com a *ratio* incriminadora subjetiva dolosa é possível afirmar a existência do dolo. Vale dizer: o dolo “é” sua própria demonstração, sua expressão significativa.

Do mesmo modo, naquilo que especificamente nos interessa, qual seja, a identificação de outro elemento interno, consistente em um especial fim de agir, tampouco este pode ser identificado através de processos psíquicos internos, mas sim somente através de uma valoração do significado de indicadores objetivos externos.

Daí o socorro necessário a uma matriz linguística, de comunicação de sentido das condutas.

## 6. A contribuição da filosofia da linguagem

A doutrina vem dando mostras crescentes de que persiste em busca de soluções melhores. O próximo passo, consoante se evidencia de uma tendência crescente de admissão dos seus postulados, parece ser a assunção da Filosofia da linguagem como teoria de base para a reformulação dos fundamentos do sistema de imputação penal, especialmente no que tange aos seus elementos subjetivos<sup>22</sup>. Esta tendência possui como ponto de referência fundamental a obra de Tomás S. Vives Antón.

A proposta do Prof. Vives é de reorganizar o sistema de imputação a partir de dois pilares: a norma e a ação, as quais, conjugadas, convertem a teoria do delito em um conjunto de pretensões normativas em face do sentido de um tipo de ação.

<sup>22</sup> Nesse sentido o comentário de Maria Fernanda Palma: “Por que é que uma realidade psicológica análoga à dolo é decisiva para a atribuição de um mais grave merecimento da conduta em termos de culpa? [...] A resposta a esta questão orienta-nos para uma abordagem do pensamento filosófico sobre o comportamento intencional a que se tem dedicado a chamada filosofia da acção, em articulação com a filosofia da linguagem. Essa abordagem é decisivamente elucidativa em alguns aspectos essenciais: o aspecto da desarticulação entre a intencionalidade e uma vivência explicitamente consciente e causal de um estado mental anterior à acção, a referenciação do comportamento intencional a uma racionalidade implícita no agir constatável exteriormente e a essencial coincidência entre o reconhecimento da linguagem de um comportamento e a sua identificação social”. PALMA, Maria Fernanda. “Dolo eventual e culpa em Direito penal” in *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2002, pp. 49-50.

Quando se propõe uma teoria do delito que distribui as pretensões normativas entre o tipo de ação – expresso em uma pretensão conceitual de relevância e uma pretensão de ofensividade –, a antijuridicidade formal – expressa em uma pretensão de ilicitude que inclui instâncias de imputação da antinormatividade –, uma culpabilidade como pretensão de reprovação e uma punibilidade como pretensão de necessidade de pena, como faz Vives Antón<sup>23</sup>, fica melhor evidenciado que os elementos subjetivos não passam de atribuições.

Vives<sup>24</sup> exige, para o reconhecimento do “tipo de ação” uma pretensão de relevância no sentido da determinação de que uma ação humana em concreto é uma das que interessam ao Direito penal. A ação – seja comissão ou omissão – tem seu aspecto conceitual ou de definição analisado no tipo de ação que é onde se lhe identificam critérios de sentido.

Para a concepção significativa da ação, que aqui se subscreve<sup>25</sup>, a “intenção subjetiva” corresponde à atribuição concreta de intenções ao sujeito e não define, por si mesma, a ação, mas sim a imputação. Ou seja, a identificação da intenção subjetiva cumpre a tarefa de possibilitar a atribuição ao agente de um compromisso com a ação ofensiva realizada, mas não faz parte da própria ação, no que refere à sua definição.

O passo adiante de Hassemer que é oferecido pela filosofia da linguagem, é dado por Vives Antón, quem identifica, a partir de Wit-

<sup>23</sup> Veja-se um resumo sobre a distribuição das categorias do delito segundo as propostas de Vives Antón em MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “La «concepción significativa de la acción» de T.S. Vives e sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito”. En *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Coord. Adán Nieto Martín, Cuenca: Ediciones da Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, 2001. Há edição brasileira: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “A «concepção significativa da ação» de T.S. Vives e suas correspondências sistemáticas com as concepções teleológico-funcionais do delito”. Trad. de Paulo César Busato, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>24</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal...cit.*, p. 484.

<sup>25</sup> Para detalhes, ver BUSATO, Paulo César. *Direito penal e Ação Significativa*. 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Deste ponto de partida, desenvolvi toda uma análise da estrutura do Código penal brasileiro fulcrada na concepção significativa da ação em BUSATO, Paulo César. *Direito penal. Parte Geral*. 1. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2015; BUSATO, Paulo César. *Direito penal. Parte Especial*. 2. 2a ed. São Paulo: GEN-Atlas, 2016 e BUSATO, Paulo César. *Direito penal. Parte Especial*. 3. São Paulo: GEN-Atlas, 2016.

tgenstein, que as ações não são substratos ônticos que transmitem o sentido de determinada ação, mas elas próprias são o *sentido*. Por isso, afirma que “o pertencimento a um tipo de ação é determinado pela *aparência de ação*”<sup>26</sup>, o que significa que o contexto em que se desenvolve a conduta expressa seu próprio sentido a partir dos padrões típicos delimitados pelo princípio de legalidade.

No dizer de Wittgenstein, a intenção está “encaixada na situação, nos costumes e instituições humanas. Se não existisse a técnica do jogo de xadrez eu não poderia ter a intenção de jogar uma partida de xadrez. Na medida em que de antemão tenho a intenção da forma da oração, isto está possibilitado pelo fato de que posso falar [...]”<sup>27</sup>.

Portanto, o dolo, assim como outros elementos subjetivos do processo de imputação, definitivamente não “são” fatos, mas atribuições.

A conduta – seja de tráfico ou de porte para uso próprio – é orientada por uma intenção que é parte da própria conduta, mas que é identificada como tal a partir das regras sociais que as definem como tais.

Nesse sentido, Vives Antón esclarece que:

“[...] lo cierto es que el recurso a un estado mental que es, de suyo, inaccesible, no puede ayudarnos en absoluto a llevar a cabo esta distinción. De modo que, para efectuarla, habremos de acudir a los ‘criterios externos’ mediante los que usualmente determinamos si se conoce el sentido de las palabras, esto es, al uso de la conducta”<sup>28</sup>.

De modo similar, acrescenta Carlos Martínez-Buján Pérez:

“[...] al igual que sucederá con el dolo, en el ámbito de la concepción significativa de la acción los aludidos elementos subjetivos de la acción (que son estados o procesos mentales) no pueden ser equiparados a los estados y procesos físicos, dado que, al tratarse de estados y procesos que se hallan situados en la mente de otra persona, únicamente se podrán verificar por *observación de manifestaciones externas*. De

<sup>26</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal...cit.*, p. 274.

<sup>27</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. Trad. de Alfonso García Suárez e Ulises Moulines, Barcelona: Editorial Crítica, 1988, p. 265, número 337.

<sup>28</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal...cit.*, p. 288.

ahí que tales elementos subjetivos deban ser configurados y entendidos no como procesos internos semejantes a los físicos, sino como momentos de la acción, o sea, como componentes de un sentido exteriorizado”<sup>29</sup>.

Ou seja, só se saberá se trata-se de tráfico ou porte para uso próprio acudindo para o sentido comunicado pelas circunstâncias que usualmente serve para identificar o tipo determinado em questão.

Isso põe em evidência o erro, em especial das concepções finalistas, mas também de todas as que nela estão inspiradas, ao sustentarem um dolo substancial que é a nota distintiva da ação, quando, na realidade, a ação não “é” uma realidade ontológica, mas simplesmente a representação de um sentido de atitude dolosa que permite uma adscrição. É necessário ainda, porém, delimitar o que dá *sentido* a uma determinada realização, especialmente no que tange aos objetivos que pretende realizar o sujeito.

A filosofia da linguagem, como base, consiste em uma “filosofia da *praxis*” fundada nas realidades dos processos de comunicação de sentido que são percebidos e valorados.

Como o direito não é ciência, em sentido empírico, mas sim uma forma de argumentar ao redor de tópicos<sup>30</sup>, a realização da atribuição de elementos subjetivos tem lugar exatamente apoiada sobre elementos da *praxis* em torno dos quais se procura identificar o especial fim que orienta a conduta.

Perceba-se que é exatamente assim que se argumenta a respeito da distinção que procuramos esclarecer, na prática. No caso concreto do tráfico em relação ao uso de entorpecente, jamais se viu uma decisão a respeito da imputação cujo fundamento argumentativo seja descritivo, afirmando que, no caso concreto o sujeito *queria* portar droga para uso próprio ou que ele *queria* portar droga para outro fim, mercantil ou não. O que o agente *queria*, simplesmente não é um dado acessível ao julgador. Os argumentos que vem sendo utilizados na liça forense, amparam o julgador são derivados da prova, consistente em indicadores de sentido. Assim, por exemplo, a quantidade e a natureza da droga, mas também a forma como esta se encontrava embalada, a divisão ou

<sup>29</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal económico y de la empresa... cit.*, p. 267.

<sup>30</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal...cit.*, p. 489.

não em porções; a presença, no local do flagrante, de equipamentos próprios à manipulação da droga, como balanças de precisão, papel celofane cortado, equipamentos de laboratório, e um enorme etc. Tais elementos perfeitamente são associados a fatores contextuais externos ao próprio fato em si, como local onde se apreendeu a droga, indicadores de certa habitualidade no convívio com a substância, o momento da apreensão, objetos como armas, a existência de quantia de dinheiro em espécie, distribuída em diversas notas e frações, etc.

## 7. Conclusão: o elemento contextual e a inviabilidade de posturas reducionistas

Exatamente porque a questão é contextual-atributiva, ou seja a identificação e separação dos casos de tráfico e de porte para uso próprio de substância entorpecente não se dá senão com base em indicadores objetivos externos, é preciso rechaçar, com veemência, pela insuficiência, as decisões a respeito da imputação baseadas em um indicador isolado apenas.

É bastante comum ver pleitos acusatórios sustentando tratar-se de tráfico de drogas baseando-se exclusivamente na quantidade de drogas com que o agente é flagrado. Porém, isto não significa que necessariamente deva ser descartada a hipótese de um usuário de alto poder aquisitivo e que pretende reduzir o risco de contato com traficantes, realizando uma compra para um consumo de longo prazo. Da mesma forma, algum esforço de defensores na demonstração de que o réu é dependente químico da droga com ele encontrada resulta algo completamente inútil, pois nada impede que alguém dependente da droga tenha realizado uma conduta de tráfico.

O equívoco destas posturas está precisamente no **reducionismo**. Na pretensão de resolver a questão a partir de um único parâmetro quando isto claramente não corresponde àquilo que Vives Antón<sup>31</sup> situa como sendo o objetivo do sistema de imputação: a orientação de seus resultados no sentido de uma pretensão de justiça.

É natural que a multiplicidade de indicadores objetivos seja o que permite avançar na tradução de um sentido, ou seja, quanto maior o volume de variáveis capturadas, mais próximo se pode chegar de um resultado de imputação que possa afirmar que pretende justiça.

<sup>31</sup> Idem, pp. 489-490.

Assim, ao lado da quantidade de drogas, que é um ponto de partida (ao menos nos casos de exageradíssima quantidade, na casa das dezenas ou centenas de quilos); devem figurar a diversidade das drogas (já que raramente um dependente de drogas utiliza simultaneamente mais de uma variedade delas); a forma da disposição da droga, pois o usuário normalmente adquire drogas acondicionadas em doses, enquanto que os traficantes, especialmente quando detidos antes do processo de venda, as guardam em embalagens que contém quantidade suficiente para várias doses, como forma de facilitar o transporte; os objetos apreendidos com o agente além das drogas, tais como armas, munições e/ou balanças de precisão (instrumentos comumente, ainda que não exclusivamente utilizados por traficantes); aparelhos de telefone celular, que podem conter registro de comunicações reveladoras da pretensão do agente; o local, uma vez que traficantes procuram lugares de grande fluxo de pessoas, enquanto que usuários procuram fazê-lo às escondidas; eventuais exames de dependência toxicológica que, conquanto pouco possam afirmar se positivos, são importantes quando resultam negativos; os registros sobre atividades laborativas do agente, posto que, dificilmente alguém que mantenha atividade laboral regular tem tempo ou disposição para envolver-se com tráfico de drogas.

Enfim, é pelo contexto da apreensão da droga que faz denotar a existência ou não do especial fim de agir – para uso próprio – que distingue a pretensão conceitual de relevância do tipo de ação de tráfico em relação ao tipo de ação de uso de substância entorpecente. Estes elementos são o que efetivamente devem ser utilizados na afirmação de a qual dos tipos pertence a conduta.

Daí que se possa falar hoje, que existe um arcabouço teórico de base – a filosofia da linguagem e a teoria significativa do delito – que dão suporte a uma praxis forense mais justa. Afinal, a ciência que não se ajusta à solução de problemas práticos é tão nociva (porque *parnasiana*), quanto a prática absolutamente destituída de suporte teórico (porque *invencionice*).

Poder-se-ia questionar o ganho de rendimento desta perspectiva teórica, na medida em que a *praxis* já apresenta como fundamentos das imputações precisamente os indicadores objetivos externos que aqui se aponta como fonte de identificação da conduta enquanto tal. Porém, convém lembrar que com ela, nos afastamos da pretensão de verdade empírica, oculta na consciência do agente que é sempre

uma justificativa para o arbítrio, e se expõe claramente que o elemento subjetivo diferenciador entre os tipos é uma questão de compreensão normativa de circunstâncias e que possui caráter atributivo. Com isto, por um lado se obriga ao magistrado um exame detido dos indicadores probatórios da expressão de sentido do tipo de ação que se trata e, por outro, permite às partes discutirem precisamente o significado do conjunto de circunstâncias capturado. Finalmente, ainda existe o ganho representado pelo banimento completo da pretensão de fundamentação da imputação a partir de um indicador singular, coisa que até então era possível a partir da raquítica explicação de que tal indicador, isolado, traduzia o especial *fin de agir* que se passava na cabeça do agente.

## Referências

BUSATO, Paulo César; PÉREZ, Carlos Martinez-Buján; PITA, María Del Mar Díaz. *Modernas Tendências sobre o dolo em Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. “Uma crítica aos delitos de posse a partir do conceito de ação significativa: conexões entre o *civil law* e o *common law* nas teses de Tomás Vives Antón e George Fletcher”, in *Delitos de posse: drogas, porte de arma e pornografia*. [José Danilo Tavares Lobato, Eduardo Saad-Diniz e Andrés Falcone – org.] São Paulo: Liber Ars, 2016.

\_\_\_\_\_. “Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el *civil law* y el *common law* en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher”, in *Revista Penal n. 35*, Huelva-Valencia: Tirant lo Blanch, Enero de 2015.

\_\_\_\_\_. *Direito penal e Ação Significativa*. 2a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direito penal. Parte Especial. 2*. 2a ed., São Paulo: GEN-Atlas, 2016.

\_\_\_\_\_. *Direito penal. Parte Especial. 3*. São Paulo: GEN-Atlas, 2016.

\_\_\_\_\_. *Direito penal. Parte Geral. 1*. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990.

FLETCHER, George P. *Conceptos Basicos de Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1997.

FRISTER, Helmut. *Derecho penal – parte geral*. 4° Ed. Buenos Aires: Hammurabi J. L. D.: 2009.

HASSEMER, Winfried. “Los elementos característicos del dolo”. En ADCP, trad. de María del Mar Díaz Pita, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos del Derecho penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde e Luís Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “A «concepção significativa da ação» de T.S.Vives e suas correspondências sistemáticas com as concepções teleológico-funcionais do delito”. Trad. de Paulo César Busato, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. “La «concepción significativa de la acción» de T.S.Vives e sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito”. En *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Coord. Adán Nieto Martín, Cuenca: Ediciones da Universidad de Castilla-La mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.

\_\_\_\_\_. *Derecho Penal económico y de la empresa – parte general*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MUNÓZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*, 6ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

PALMA, Maria Fernanda. “Dolo eventual e culpa em Direito penal” in *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2002.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “Common Law”*. Granada: Comares, 2002

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal Parte Geral*. 3ª Ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. Trad. de Alfonso García Suárez e Ulises Moulines, Barcelona: Editorial Crítica, 1988.

# A inconstitucionalidade da criminalização da posse para uso de entorpecentes:

A questão do bem jurídico protegido

23

*Luciano Santos Lopes<sup>1</sup>*  
*Antonio J. de F. Pécego<sup>2</sup>*

## 1. Nota introdutória

A lei 11.343 completa 10 anos, neste ano de 2016. Há conquistas, há retrocessos? O que se pode esperar, quando se pensa em uma política criminal ligada à questão das drogas relacionadas como ilícitas pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária)?

São questões complicadas de se responder, por tratarem de um tema sensível demais à opinião pública. Indireta e necessariamente, esta situação de sensibilidade atinge aos diversos setores, e atores, responsáveis pela concepção (e implantação) político-criminal de respostas à questão das drogas. É inevitável essa relação, por mais que os critérios que a balizam não serem, ainda, muito claros. Por vezes, são até populistas demais.

Mas é tempo, 10 anos depois da promulgação da referida lei, de se voltar a este debate. Há questões ainda muito mal resolvidas nessa legislação, mesmo reconhecendo suas conquistas inegáveis. Ao se comparar a atual normatização da tutela penal das drogas no Brasil (lei 11.340/06), percebem-se alguns avanços em relação às legislações que anteriormente tipificavam condutas similares (código penal, no seu artigo 281; Lei 6368/76).

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito pela UFMG; Professor da Faculdade de Direito Milton Campos – MG (graduação e mestrado); Membro do Conselho de Criminologia e de Política Criminal do Estado de Minas Gerais; Advogado. Email: luciano@llmb.com.br

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela UNAERP; Diretor do Instituto de Ciências Penais – ICP; Professor Universitário (graduação e pós-graduação); Magistrado. Email: antoniopecego@hotmail.com

Entre as diversas questões que merecem uma maior atenção, da doutrina e da jurisprudência pátrias, uma será enfrentada nesse ensaio. Deseja-se apresentar, a seguir, algumas reflexões acerca do bem jurídico protegido no delito constante do art. 28, da referida lei 11.343/06: a posse para uso de entorpecentes considerados ilícitos<sup>3</sup>.

Trata-se de um tema de fundamental importância, especialmente quando se deseja refletir acerca de um modelo constitucional de tutela penal: subsidiário, respeitador dos princípios e valores constitucionais, e que se pautar pela proteção de bens jurídicos (como função legitimadora da intervenção punitiva).

Feitas essas considerações, é tempo de ir adiante. A discussão sobre a (in)constitucionalidade da tipificação da posse para uso de drogas será, pois, à frente apresentada. Trata-se exatamente de analisar a questão da proibição penal aqui citada, sob a direta influência desse modelo constitucional de tutela penal pretendida. Enfim, uma provocação político-criminal precisa ser feita, neste contexto argumentativo, para que possamos avançar ainda mais na política de drogas do Brasil.

Em resumo, é o ensaio que se segue.

## 2. Uma premissa ao debate: o conceito de bem jurídico e sua evolução rumo à supraindividualidade dos conflitos

Uma primeira conceituação (e, por consequência, conclusão) deve ser aqui apresentada: a proteção estatal, que antes era endereçada fundamentalmente aos bens jurídicos individuais, passa a atuar com regularidade (e, pode-se afirmar, caminhando decisivamente para a primazia) nos conflitos supraindividuais. Explica-se.

Há uma mudança considerável nas premissas sociais que fundamentam a atuação punitiva. A proteção a bens jurídicos adquire novos contornos com a constatação de uma sociedade de maiores riscos (tecnológicos, bioéticos, financeiros, etc.).<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Com a lembrança de que a lei 10.409/02 não detalhava tipificações em seus artigos, o que revelava uma falha legislativa naquela situação: usava-se essa citada legislação para a procedimentalização da punição, e usava-se a lei 6.368/76 para a definição de tipicidade das condutas tidas como proibidas. Tal lei, 10.409/02, também foi expressamente revogada pela atual lei de drogas.

<sup>4</sup> Diferem-se os riscos nas fases históricas da humanidade. A primeira fase corresponderia ao advento da Idade Moderna, onde os riscos não individuais

A missão hermenêutica passa, então, por compreender esta modernidade reflexiva (BECK, 1998, p. 22 e ss.), para uma perfeita adequação da estrutura normativa do Direito, neste contexto social da contemporaneidade.

Este fenômeno se sustenta com a verificação de uma sociedade de riscos (BECK, 1998, p. 25 e ss.), que ingressa em uma globalização desinteressada na preservação do indivíduo enquanto ser humano (GOMES, YACOBUCCI, 2005, p. 27 e ss.). A verdade é que há uma crise na tradicional concepção penal. O sistema punitivo tradicional perdeu parte do seu padrão humanístico, oferecendo espaço a uma intervenção mais agressiva e prevencionista.

Não raras vezes, há o afastamento do marco legitimador constitucional. A verdade é que a Política Criminal, em determinadas situações, abdicou dos paradigmas do Estado social, patrocinando um Estado Policialesco. O Direito Penal do Inimigo<sup>5</sup> é um exemplo absolutamente claro neste sentido.

---

são incipientes. A segunda fase corresponderia aos finais do século XIX até a primeira metade do século XX, onde os riscos seriam mensuráveis. E, por fim, um terceiro momento, o da sociedade pós-industrial, com o aparecimento de riscos graves decorrentes especialmente da evolução tecnológica, são, portanto, considerados riscos endógenos e não controláveis (SILVEIRA, 2006, p. 32-39).

<sup>5</sup> Para Jakobs (2009, p. 39), inimigo é aquela *não-pessoa*, que definitivamente não atende às expectativas sociais de comportamento (estipuladas normativamente). Assim, não demonstra fidelidade a essas normas. Afastando-se permanentemente do Direito, o inimigo inicia uma “guerra” contra o Estado e deve perder suas garantias individuais, inclusive na esfera processual (SCHÜNEMANN, 2009, p. 54 e ss.). Não querendo exercer cidadania (mantendo um comportamento conforme as expectativas sociais estipuladas), ele não pode mais ser considerado *pessoa*. Jakobs (2009, p. 17 e 22) se defende das críticas, afirmando que o *Direito Penal do Inimigo* é um conceito de exceção, somente sendo admitido no Estado de Direito. Explica mais, no sentido de que, no Estado de *não-Direito*, há falta de segurança para a sua utilização: veem-se inimigos em todas as partes, não havendo critérios bem definidos para separá-los dos cidadãos. Assim, melhor seria conceituar este Direito de exceção, por ser necessário (excepcionalmente) e para que se tenha bem definido seu limite racional de utilização. Desta forma, os Estados de *não-Direito* não poderão usar a legitimação do Inimigo. Contudo, o temor é que o *Direito Penal do inimigo* concretize uma política criminal na qual a questão dos bens jurídicos fique relegada a uma premissa menos importante. Para Jakobs (1997, p. 55 e ss.), a importância do bem jurídico perde referência em detrimento da verificação da validade da norma, em agressivo paradigma de uma normatização na qual o inimigo tem que ser eliminado por ser nocivo à sociedade. Nesta ideia sistêmica, os problemas ligados ao desvio de

Há uma evidente manipulação social em torno da tutela punitiva, fazendo com que este simbolismo penal altamente repressivo apareça como ilusão populista de resolução certa de conflitos sociais, afastado de qualquer logicidade constitucional. Segundo Sánchez (2002, p. 145), “não parece que a sociedade atual esteja disposta a admitir um Direito Penal orientado para o paradigma do ‘Direito Penal mínimo.’”

Todavia, a crítica quanto a esta manipulação é óbvia: tal tendência, agressiva, fragiliza o argumento penal – constitucional, que exige, na intervenção punitiva, o respeito às garantias e direitos fundamentais. Assim, em oposição a este discurso, que tornou simbólica a tutela punitiva, ainda existe espaço (e necessidade) para uma argumentação intervencionista de matriz constitucional. Caso contrário, a tutela penal se transformará em um império normativo punitivo autoritário.

E, neste ponto, sustenta-se a adoção de uma concepção constitucionalmente orientada da tutela penal. E, entre as variadas consequências desse modelo, uma é importante para esse ensaio: a tutela penal, mesmo no ambiente da supraindividualidade, deve respeito à proteção de bens jurídicos como fundamento de validade de sua incidência.

Importa, pois, determinar esse conceito de forma mais verticalizada.

Bem jurídico pode ser definido como o valor da vida humana que é tutelado juridicamente pelo direito. Em essência, não é diferente para o Direito Penal. Não se pretende realizar o debate acerca do referido conceito (de bem jurídico), dada a sua complexidade e a intenção diversa que se pretende com a análise aqui proposta.

Assim, toma-se como conceito adotado o de Prado: bem jurídico seria um valor social – e não um comportamento – que seja essencial para a coexistência e desenvolvimento do homem em sociedade (PRADO, 1997, p. 52). Sugerem-se somente alguns acréscimos a este conceito. Roxin afirma, com propriedade, que: “‘bens jurídicos’ seriam ‘dados ou finalidades necessários para o livre desenvolvimento do indivíduo, para a realização de seus direitos fundamentais ou para o funcionamento de um sistema estatal baseado nessas finalidades’” (ROXIN, 2011, p. 186).

---

condutas são resolvidos especialmente com um Direito Penal simbólico, afastado da noção de Direitos Fundamentais.

Todavia, por tudo o que se sustenta neste ensaio, este não é um caminho constitucionalmente desejável.

Uma importante consequência da adoção deste conceito de bem jurídico é a sua influência sobre a definição do objeto de tutela do Direito Penal, enquanto instrumento de proteção de valores e legitimando a intervenção estatal. Advém, ainda da noção de bem jurídico, a condição limitativa do poder de punir estatal: a função do bem jurídico é, também, de garantia ou de limitação do direito de punir do Estado (PRADO, 1997, p. 48-49)<sup>6</sup>.

Todavia, pensa-se, não se trata de determinar um conceito pessoal de bem jurídico<sup>7</sup>, totalmente fechado em suas premissas e que se oponha de forma radical à tutela penal de valores supraindividuais que não se liguem em proteções individuais. Veja-se a interpretação que a doutrina tradicionalmente oferece à doutrina de Hassemer (GRECO, 2011, p. 16)<sup>8</sup>

apenas os bens jurídicos individuais são de pronto legitimáveis; bens jurídicos supraindividuais devem demonstrar que são capazes de ser reconduzidos a seres humanos individuais (...). E no que se refere a bens jurídicos coletivos, deve o legislador agir de modo especialmente comedido, pois eles são excessivamente abertos para considerações de caráter ideológico e tendem a esvaziar o princípio da *ultima ratio*.

<sup>6</sup> Conforme afirma Roxin (2011, p. 203 e ss.), há quem sustente que a noção de bem jurídico deve ser recusada, colocando-se diversos argumentos em sua substituição, para legitimar a intervenção punitiva (Stratenwerth e o desrespeito às normas de comportamento básicas para o consenso fundamental da sociedade; Jakobs e a proteção da vigência da norma, etc.)

<sup>7</sup> Tal como sustenta Hassemer (2011, p. 21): “bens jurídicos são interesses humanos que carecem de proteção penal. Isto quer dizer, antes de tudo, que a proteção de instituições só pode ir até onde ela for condição de possibilidade de proteção de pessoas humanas.”

<sup>8</sup> Opta-se, aqui, por não rotular o pensamento de Hassemer a uma chamada “escola de Frankfurt”. Explica-se.

O que une os autores do Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt (Hassemer, Naucke, Lüderssen, Albercht, Prittowitz) é a crítica em relação ao Direito Penal. Todavia, são perspectivas epistemológicas e axiológicas não necessariamente convergentes. Assim: “(...), é importante ressaltar, logo de início, que os mencionados autores, dentre os quais Hassemer é uma figura de destaque, não se identificam com o rótulo de ‘Escola de Frankfurt’ e, inclusive, rechaçam essa denominação.” (OLIVEIRA, 2013, p. 25/26).

Greco tem esta mesma opinião crítica em realização a tal denominação, mesmo a usando com ressalvas (2011, p. 15).



Não se nega a validade deste conceito pessoal de bem jurídico, que é ligado apenas aos indivíduos. Todavia, pensa-se, é possível pensar a tutela de valores supraindividuais sem uma direta indexação às necessidades individuais. A dimensão da coletividade deve ser pensada de forma conectada com a possibilidade de afetação de cada indivíduo que a compõe. Esta deve ser uma premissa básica ao se justificar o senso coletivo.

A questão é de outra ordem. Pensa-se que a definição mais importante é a de que somente se pode tutelar bens jurídicos supraindividuais no Direito Penal quando houver ofensividade na conduta a ser proibida. Trata-se da forma mais adequada de se ligar a proteção de valores difusos à pessoa humana, em sua individualizada existência.

A missão, portanto, é manter o Direito Penal como *ultima ratio*.

Adiante, essa noção aqui sustentada aplica-se ao presente ensaio. Ao se tentar delimitar bens jurídicos protegidos na lei 11.343/06, busca-se uma sustentação nos conflitos de natureza supraindividual: a saúde pública estar-se-ia sendo protegida por ocasião da proibição do tráfico/uso de drogas (NUCCI, 2006, p. 756). À frente, no capítulo IV, este tema será retomado, de forma verticalizada.

Contudo, diante dessa definição (qual bem jurídico seria, em tese, protegido na lei 11.343/06), uma outra importante conclusão deve aqui ser igualmente obtida: a tutela de valores supraindividuais somente passa a ter relevo ao Direito Penal ao se revestir de ofensividade e, mais, se servir “às condições de vida dos indivíduos.” (ROXIN, 2011, p. 186). Da mesma forma, esta crítica também será oferecida no referido capítulo IV que se seguirá à frente.

Indo adiante na questão da definição aqui proposta. É necessário, atentar-se, nesse sentido, que a sociedade de riscos pós-industriais impõe o reconhecimento de bens jurídicos supraindividuais, ou seja, bens que encontram tutela no Direito Penal uma vez que sua violação implica em riscos sociais, ainda que hipotéticos e difusos. Esses valores são equiparados os direitos fundamentais de terceira geração.

Em resumo, o Direito Penal caminha para a tutela da supra individualidade, como estratégia de tutela dos bens jurídicos eleitos à proteção. E a questão das drogas passa, inevitavelmente, por esse reconhecimento de novas estratégias estatais adotadas.

### 3. A questão do perigo e sua influência na tutela de bens jurídicos

Outra definição importa ser aqui apresentada, ao menos em bases preliminares de argumentação. A questão do perigo, que se liga à ofensividade (e, portanto, à questão dos bens jurídicos), igualmente pode (e deve) ser analisada nesse ensaio. Isso, porque as tipificações em discussão (ligadas à questão das drogas) têm essa característica.

Há uma dicotomia existente entre crimes de perigo e crimes de dano. Tal diferenciação é importante em função da ligação do tipo legal de crime com o princípio da ofensividade. Alguns delitos são tipificados em virtude das condutas efetivamente lesivas aos bens jurídicos protegidos (crimes de dano), enquanto outras condutas são típicas por causarem perigo ao valor tutelado (crimes de perigo).

Os delitos de perigo podem ser concretos ou abstratos. São considerados concretos quando “a descrição do tipo aludir a um perigo ocorrido (real) de lesão, devendo ser comprovado.” (QUEIROZ, 2012, p. 209) Já os crimes de perigo abstrato são verificados quando “o legislador tipificar a conduta por julgá-la perigosa em si mesma, independentemente da demonstração e qualquer dano ou perigo concreto de dano, de sorte que a lei presume o perigo *juris et de jure*.” (QUEIROZ, 2012, p. 209).

Basicamente, a diferença entre os delitos de perigo abstrato e concreto reside na ideia de que, naquele (abstrato), a constatação e a prova do perigo não fazem parte da figura típica. Já se encontram presumidos, pela abstração da legislação. Frise-se, novamente, que a tipificação do perigo é subsidiária em relação à criminalização do efetivo dano aos valores tutelados (bens jurídico-penais).

Aqui se encaixam alguns dos tipos penais constantes da lei 11.343/06. Em especial, a tipificação constante do artigo 28 (posse para uso de drogas) tem essa característica.

Uma questão final. Há uma recorrente crítica à constitucionalidade dos delitos de perigo abstrato, supostamente por não respeitarem o princípio da ofensividade. Explica-se. Ao se presumir de forma absoluta o perigo, o legislador acabaria por tipificar a simples desobediência ao seu comando normativo. Criar-se-ia a concepção abstrata do que venha a ser perigoso, sem a necessidade de verificação concreta. Trata-se de questão complicada e que não comporta um debate mais profundo neste espaço. Somente se anuncia: a discussão, e suas respostas possíveis, não são simples.

Todavia, uma constatação pode ser, aqui, apresentada. Ainda hoje, no atual estágio da dogmática penal (constitucionalizada), não se tem uma definitiva resposta à pergunta que se apresenta: “que qualidades deve assumir um comportamento para que o legislador se encontre legitimado a submeter a sua realização a sanções criminais?” (IENNA-CO, 2014, p. 81). Completa-se este questionamento aqui transcrito: quando é necessária a antecipação da tutela penal, para a proteção do perigo de dano? E, mais que isto: quando é possível autorizar o legislador a definir, a priori (em abstrato), a existência do perigo?

Certo é que a ofensividade deve realmente funcionar como um dos limites constitucionais para a tutela penal<sup>9</sup>. Dos estudos sobre os bens jurídicos, é preciso entender que somente haverá a atuação punitiva estatal quando houver necessidade de proteção de bens jurídico-penais eleitos (quando estes forem efetivamente ameaçados ou agredidos).

Mais do que pensar a (in)constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, é preciso revisitar (e rechaçar) a ideia de administrativização da tutela penal, que ocorre através da intervenção punitiva deste ramo do Direito em questões ligadas ao simples descumprimento de funções meramente administrativas.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Como já explicado, adota-se a ideia de que a ordem constitucional funciona como fundamento e limite da tutela penal: fundamento quando se verifica que a punição se legitima à proteção de direitos fundamentais; e limite quando se constata que a intervenção penal deve respeitar os princípios constitucionais (proporcionalidade, ofensividade, ultima ratio, etc).

Ainda sobre a ofensividade: “em suma, como nosso objetivo momentâneo é, tão somente, propor um acordo terminológico e conceitual sobre os principais aspectos da ofensividade penal, permitimo-nos chamar de fragmentariedade aquela noção de necessária relevância (constitucional) do bem jurídico tutelado; de ofensividade abstrata aquela ideia segundo a qual o legislador deve selecionar apenas as condutas com indiscutível potencialidade lesiva. Descrevendo-as de modo a ressaltar bem essa característica; e de ofensividade concreta aquela exigência de que o fato praticado provoque um dano perceptível ao bem jurídico, ou quando menos, exponha-o a uma bem delineada situação de perigo.” (SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. A constituição e o princípio da ofensividade vinte anos depois. In: DANTAS, Bruno; et. al. (organizadores). *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. Brasília: Senado Federal / Instituto Legislativo Brasileiro, 2008, p. 321/322.)

<sup>10</sup> Assim, a administrativização do Direito Penal implica reconhecer a punição de delitos como mero guia de condutas (BECHARA, 2011, p. 58) ou como mera gestão da desobediência da função administrativa ou do modelo de gestão pública

Trata-se de um equívoco político-criminal. Contudo, com considerável recorrência, a intervenção penal tem recaído sobre setores de atuação da mera regulação da Administração Pública.

Fica perceptível que o Direito Penal tem se afastado de sua principiologia constitucional, que orienta a intervenção punitiva como *ultima ratio*. A noção fragmentária e subsidiária do Direito Penal tem sido deixada de lado quando se trata da tutela de interesses difusos. Utiliza-se da estrutura penal para proteger funções da Administração Pública (e, portanto, do Direito Administrativo). Afasta-se, aqui sim (sem dúvida nenhuma), da ideia de ofensividade e de exclusiva proteção de bens jurídico-penais.

É evidente que não se pode desconsiderar estas novas formas de intervenção penal nesta sociedade de riscos. Tal negligência seria uma temeridade e não é isto que aqui se propõe. Ocorre apenas que este novo modelo de Direito Penal, na contramão do discurso simbolista, deve respeito à argumentação constitucionalista antes proposta.

Ao Direito Penal compete atuação punitiva quando houver exclusiva necessidade de proteção de bens jurídicos (com os direitos humanos positivados funcionando como fundamento da intervenção), desde que haja proporcionalidade nesta atuação.

Contudo, ao criticar essa guinada do Direito Penal (rumo à administrativização da tutela), é preciso saber separar o que é bem jurídico digno de proteção penal, do que é mera função regulatória do Estado. Ana Elisa Bechara (2011, p. 55) faz essa necessária distinção entre bem jurídico e função<sup>11</sup>:

A distinção fundamental entre bem jurídico e função está, assim, na constatação de que a função não tem existência própria, dependendo de uma relação entre suas variáveis –

e não como um desvalor de determinada ação considerada individualmente (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 116-120).

Silva Sanchez considera que o interesse do Direito Administrativo sancionador é “na globalidade do modelo, no setor em sua integridade, e por isso tipifica infrações e sanciona sob perspectivas gerais”. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 116).

<sup>11</sup> Tavares (2004, p. 66/67), com propriedade, afirma que as funções têm apenas valor de utilidade.

As funções dependem de suas verificações de conveniência e de quantificação de suas utilidades/inutilidades para a gestão dos interesses da Administração. É diferente da valoração de um bem jurídico, que não pode ser quantificado ou mensurado quanto à sua utilidade.

o que apenas possibilita o cálculo de seus correspondentes predicados, sem conteúdo substancial –, enquanto o bem jurídico, por outro lado, pode ser tomado e valorado por si próprio.

Silva Sánchez (2002, p. 116) também tenta delimitar assim essa fronteira:

O primeiro persegue a proteção de bens concretos em casos concretos e segue critérios de lesividade ou periculosidade concreta de imputação individual de um injusto próprio. O segundo persegue a ordenação, de modo geral, de setores da atividade (isto é, o reforço, mediante sanções, de um determinado modelo de gestão setorial).

Certo é que há, infelizmente, uma confusão entre o que deve ser tutelado pelo Direito Penal (bens jurídicos) e o que deve restar protegido apenas pelo Direito Administrativo (funções estatais). E esta preocupação, que já é recorrente nos estudos de Direito Penal Econômico, pode (e deve) ser trazida para este estudo da questão das drogas.

Finalizando, a questão do perigo abstrato deve ser analisada, quanto à sua constitucionalidade (questão da ofensividade), considerando-se especialmente a necessária evitação da administrativização do Direito Penal (esta característica sim, atentatória ao princípio da ofensividade, sem a menor dúvida). O perigo, mesmo que abstrato, deve ser ligado a um valor de proteção necessária, e cuja ofensa (ou ameaça) deva ser punida criminalmente. Não se pode, portanto, utilizar-se equivocadamente da ideia de perigo abstrato para legitimar a tutela de meras funções estatais administrativas (afastando a fundamentação do Direito Penal na proteção exclusiva de bens jurídicos).

Mais que isto, a presunção do perigo abstrato não pode ser tida de forma absoluta, alijando-se a possibilidade de o caso concreto retirar esta característica determinada *a priori* (como causa material de atipicidade).

Em resumo, “há casos em que o perigo de lesão é de tal modo importante que a sua tipificação é plenamente justificável, razão pela qual não cabe afirmar, aprioristicamente, a inconstitucionalidade de todo e qualquer delito de perigo abstrato.” (QUEIROZ, 2012, p. 201/211).

#### 4. O bem jurídico protegido na posse para uso de entorpecentes e a inconstitucionalidade da tutela penal: análise de um *case*

“O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por meio de seu Órgão oficiante neste juízo, DENUNCIOU C. G., devidamente qualificado à inicial, pela prática do delito do art. 28 da Lei 11.343/2006 (fls. 01-D/01-D-v - Cr).

O acusado foi notificado (fls. 36 - Cr) e apresentou defesa preliminar a tempo e modo (fls. 41/43 - Cr).

Nesta fase, os autos vieram-me conclusos nos termos do art. 55, §3º, da Lei 11.343/2006, este é o relatório. Fundamento e decido.

Depois de muita pesquisa e reflexão, no que diz respeito ao tipo legal do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (porte de drogas para uso próprio) que prevê as penas de *advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo*, passamos a rever nosso posicionamento sobre a criminalização dessa prática por entendermos ser inconstitucional.”<sup>12</sup>

A questão da inconstitucionalidade, acertadamente enfrentada na decisão judicial acima destacada, enfrentou exatamente a ausência de bem jurídico a ser protegido no tipo penal do artigo 28 da lei 11.3443/06 (entre outros fundamentos igualmente bem utilizados). Trata-se do que se comumente se denominou paternalismo penal.

Definitivamente, não é a saúde pública que está tutelada nesta tipificação. Há, na questão em discussão, uma substituição da proteção de um bem jurídico supraindividual por uma função administrativa estatal de saúde pública.

O legislador infraconstitucional, inspirado nas políticas criminais de despenalização e descarcerização, retirou a pena privativa de liberdade que outrora servia de preceito secundário na Lei n. 6.368/1976, mas deixou de ir além para efetivar a descriminalização dessa prática, uma vez que a mesma ocasiona a autolesão e não lesão a terceiros ou à saúde pública, este tido como bem jurídico-penal tutelado nesses delitos.

<sup>12</sup> Trecho de sentença proferida pelo coautor deste ensaio, já publicada e que se refere a caso pretérito. Por critérios de evitação da exposição das partes envolvidas, não se colocará número de processo judicial, ou qualquer outra forma de identificação deste julgamento.

Não se trata de simplesmente criticar, ou aceitar, a tutela do perigo abstrato ao bem jurídico supraindividual protegido. É mais.

Trata-se de constatar que não há bem jurídico a ser protegido. Há efetivamente uma ordem estatal (através da proibição típica) de respeito (e, portanto, de auxílio) a uma função regulatória sua (Estado): apresentar políticas públicas de promoção e preservação de saúde dos indivíduos. E, evidentemente, a questão das drogas se encaixa nessa função administrativa. Tal como as políticas destinadas ao consumo do tabaco e da bebida alcoólica, o consumo de drogas também deve ser compreendido pelo Estado nesse viés de saúde. Trata-se, pois, de uma questão de política pública de saúde. Mas, definitivamente, não é tema para o Direito Penal. Não há bem jurídico a ser protegido no uso de drogas. Trata-se apenas uma proteção da destacada função administrativa estatal.

Por isso a anunciada inconstitucionalidade na referida tipificação.

Claus Roxin (2009, p. 23), ao abordar a proteção dos bens jurídicos, registra com propriedade sobre esse aspecto: “A consciente autolesão, (...) como também sua possibilitação e fomento, não legitimam uma sanção punitiva, pois a proteção de bens jurídicos tem por objeto a proteção frente à outra pessoa, e não frente a si mesmo.”

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, o Min. Gilmar Mendes se manifestou, como relator, no RE 635.659/SP que está em julgamento no Supremo Tribunal Federal, consignando que a “relevância criminal da posse para consumo pessoal dependeria, assim, da validade da incriminação da autolesão. E a autolesão é criminalmente irrelevante”.<sup>13</sup>

É certo que a única diferença que há entre o porte de droga lícita da ilícita para uso próprio é justamente o fato de uma ser legalizada e outra não, já que ambas causam autolesão e não lesão à saúde pública. Não há, pois, *justa causa* para se incriminar a conduta de vida daquele que se droga, sob pena de se institucionalizar o malfadado direito penal do autor e não do fato, como reclama o Direito Penal contemporâneo.

Assim, repete-se que a fronteira entre as finalidades que devem ser perseguidas pelo Direito Penal, e pelo Direito Administrativo-sancionador, liga-se necessariamente à ideia de bem jurídico protegido

<sup>13</sup> STF-RE 635.659/SP. Plenário. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 20/08/2015, p. 37. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso em: 31 ago 2015.

e à noção de ofensividade. Enfim, estes são os limites que devem definir a passagem da proteção do Direito Administrativo-sancionador à tutela penal.

Certo é que, no caso das drogas, a questão não deve mesmo sair das estratégias de função administrativa de regulamentação/promoção de saúde. Nada mais: não há bem jurídico a ser protegido. E há, envolvendo toda a discussão, um tema fundamental: nenhuma política pública de promoção da saúde pode desconsiderar a autonomia de cada indivíduo.

Assim, a pessoa detém constitucionalmente a liberdade de se autodeterminar e decidir como deseja conduzir a sua vida. Não pode, a liberdade de coexistência, se sobrepor à liberdade da autonomia da vontade, quando esta não causa qualquer lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico de terceiro ou coletivo, como a saúde pública. Há, na hipótese, uma grave violação à intimidade e a vida privada, que juntamente com a imagem, a honra e a dignidade humana, consagram o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e da autodeterminação. Sobre esse aspecto:

“É sabido que as drogas causam prejuízos físicos e sociais ao seu consumidor. Ainda assim, dar tratamento criminal ao uso de drogas é medida que ofende, de forma desproporcional, o direito à vida privada e à autodeterminação.

O uso privado de drogas é conduta que coloca em risco a pessoa do usuário. Ainda que o usuário adquira as drogas mediante contato com o traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita.”<sup>14</sup>

O Min. Gilmar Mendes, ao citar em seu voto Santiago Mir Puig, sustenta que o autor espanhol afirma:

“que a saúde pública é um interesse coletivo que afeta cada indivíduo, mas há que se exigir um determinado grau de lesividade individual para que se possa justificar a intervenção do direito penal. Até agora não se tem afirmado, por exemplo, que o álcool e o tabaco afetam suficientemente

<sup>14</sup> STF-RE 635.659/SP. Plenário. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 20/08/2015, p. 36-37. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso em: 31 ago 2015.

a saúde pública a ponto de legitimar a criminalização de sua venda e consumo.

Em relação ao tabaco, observa que a proteção da ordem pública coletiva tem sido alcançada com o incremento da proibição de seu consumo em lugares públicos, porém por meio de medidas administrativas.

O mesmo raciocínio, ainda segundo PUIG, aplica-se em relação às drogas. Sustenta ser preciso diferenciar as drogas quanto a seus distintos efeitos em relação a cada indivíduo. Além disso, há que se ter em conta que a lesividade individual vem, neste caso, acompanhada do consentimento da vítima.

Lembra, ainda, que temos, no exemplo da saúde pública, a advertência de que não basta constatar a importância abstrata do bem, mas também se exige que reste demonstrada a concreta afetação do referido bem. Não basta, assim, que a saúde seja, em abstrato, um bem social fundamental para que mereça proteção penal.<sup>15</sup>

Desta forma, a sentença que iniciou este capítulo, assim continua: “se é fato que se está diante de grave violação à privacidade e à intimidade, na medida em que se desrespeita a decisão da pessoa sobre a sua conduta de vida, no caso, de colocar em risco a própria saúde, bem como que é verdade que assim sendo se trata de autolesão, esta que é irrelevante para o direito penal, logo pode-se afirmar 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’<sup>16</sup>”<sup>17</sup>

A conclusão a que se chegou na referida sentença, após determinar que há uma inconstitucionalidade na tutela penal das drogas, foi a seguinte: “Ante o exposto, rejeito a denúncia, por faltar justa

<sup>15</sup> STF-RE 635.659/SP. Plenário. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 20/08/2015, p. 33-34. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso em: 31 ago 2015.

<sup>16</sup> STF-RE 635.659/SP. Plenário. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 20/08/2015, p. 40. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso em: 31 ago 2015.

<sup>17</sup> Trecho de sentença proferida pelo coautor deste ensaio, já publicada e que se refere a caso pretérito. Por critérios de evitação da exposição das partes envolvidas, não se colocará número de processo judicial, ou qualquer outra forma de identificação deste julgamento.

causa para o exercício da ação penal, nos termos do art. 395, III, do CPP e, em consequência, declaro a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.”

## 5. Nota conclusiva

A tentativa realizada nesse ensaio, de forma absolutamente embrionária e despreziosa em seus resultados, foi a de fomentar uma reflexão acerca da importância da teoria do bem jurídico, no especial cenário da discussão sobre a política de drogas no Brasil. Partiu-se de conceituações doutrinárias, chegando-se à análise de um caso específico, que fez a testagem do referido argumento teórico.

Tratou-se de apresentar argumentos no plano da dogmática penal, para a relevante discussão criminológica e político-criminal que se instaurou em relação a “guerra contra as drogas”.

É perceptível que a teoria dos bens jurídicos ainda tem potencial para contribuir com essa discussão, mesmo que se transporte a questão para o conflito supraindividual.

Adiante, a percepção necessária em relação à (indefensável) administrativização do direito penal é um ponto de relevo nessa abordagem. E, nesse sentido, a questão do perigo abstrato também aparece para o debate.

Pensa-se, mesmo sem aqui se aprofundar o argumento, que o problema maior não está na constatação da abstração do perigo. O erro, e portanto a inconstitucionalidade, está na ausência de ofensividade gerada pela já citada administrativização da tutela das drogas.

E, com isso, a lei penal (no caso, o artigo 28 da lei 11.343/06) invade a seara das escolhas individuais de cada pessoa, punido a autolesão como se saúde pública fosse. Nada mais desproporcional e atentatório em relação à autonomia individual.

A questão das drogas passa pela saúde pública sim, mas como estratégia administrativa de exercício regulamentador de uma função estatal. Nada mais.

Em resumo, a conclusão possível é essa. E vai mais ainda, no sentido de que um Direito Penal mínimo e constitucionalizado deve ser proposto. Estes devem ser um postulado de uma política criminal que não se reduza a substitutivos penais, ou limitada apenas ao âmbito punitivo do Estado. Antes, deve ser uma política transformista e que almeje mudar a triste realidade social trazida pelo problema da criminalidade. Deve ter posturas críticas quanto ao Direito Penal,

relegando-lhe apenas um caráter subsidiário, constitucional e com a função exclusiva de proteção de bens jurídicos.

## Referências

- BECHARA, Ana Elisa Libertatore S. Critérios político-criminais da intervenção penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada. In: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (coordenadores). *Direito penal econômico; questões atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 41-70.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo; hacia una nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Maria Rosas Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.
- GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 15-24.
- IENNACO, Rodrigo. *Bem jurídico e perigo abstrato; um desenho hermenêutico da ofensividade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 81.
- JAKOBS, Gunther. *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed., corregida. Traducción: Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Direito penal do inimigo*. 2 tiragem. Organização e introdução: Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Tradução do alemão: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- NUCCI, Guilherme. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2013.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal; parte geral*. V 1. 8 ed. Salvador: Jus Pvdium, 2012.
- ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Orgs. e Trans.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 23.
- \_\_\_\_\_. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 179-210.

TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico y función em derecho penal*. Traducción de Mónica Cuñaro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. A constituição e o princípio da ofensividade vinte anos depois. In: DANTAS, Bruno; et. al. (organizadores). *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. Brasília: Senado Federal / Instituto Legislativo Brasileiro, 2008, p. 321/322.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. Tomo II. Vários tradutores. Buenos Aires/Santa Fé: Rubinzal – Culzoni Editores, 2009.

# A materialidade delitiva nos crimes definidos pela Lei 11.343/06: Alguns aspectos controvertidos

24

Rafael Altoé<sup>1</sup>

Ricardo Alves Domingues<sup>2</sup>

## 1. Introdução

A Lei n. 11343/06, em seu capítulo III, dispôs a respeito do procedimento penal a ser observado com a finalidade de apurar crimes igualmente por ela definidos. Questão particular diz respeito à comprovação da materialidade dos crimes que deixam vestígios. Em seu artigo 50, § 1º, mencionado diploma legal prevê a obrigatoriedade da elaboração de laudo de constatação para demonstrar, desde a prisão em flagrante delito, que a substância apreendida na situação fática realmente constitui droga, apta, portanto, a gerar a tipicidade formal.

Por isso, a definição de *droga*, para fins da tipicidade, depende do reconhecimento de determinado princípio ativo em ato normativo que venha a estabelecer, além de outras coisas, o rol de quais substâncias são ou não proscritas no território nacional. Esclareça-se que o meio de prova recorrente para determinar se a substância está inserida no rol das de uso proibido é o laudo de exame toxicológico (exame pericial, normalmente realizado por técnicos especializados). Sabe-se, no entanto, que o Código de Processo Penal, em tratamento geral da matéria, autoriza que o exame de corpo de delito venha a ser substituído, quando impossível sua realização de forma *direta*, por outros meios de prova (o que dá base ao *exame indireto*).

<sup>1</sup> Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá-PR (UNICESUMAR). Especialista em Direito Público, Juiz de Direito na Comarca da Região Metropolitana de Maringá-PR. Professor da Escola da Magistratura do Paraná.

<sup>2</sup> Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Promotor de Justiça na Comarca da Região Metropolitana de Londrina – PR.

Diante disso, surge uma questão a ser dirimida: levando em conta as particularidades dos crimes materiais no âmbito da Lei 11.343/06, é possível a comprovação de sua materialidade por meio de prova *indireta*, isto é, independentemente do laudo mencionado?

Para o enfrentamento dessa problematização, o trabalho se inicia com uma análise geral a respeito da utilização, por parte do legislador, da técnica da norma penal em branco no contexto da lei de drogas. Nesse ponto, são tecidas algumas considerações acerca da constitucionalidade das normas penais em branco *heterogêneas* e a justificativa da escolha desse método.

A seguir, é desenvolvido estudo acerca da formação da *opinio delicti* com base no laudo de constatação preliminar, dando base ao oferecimento da denúncia sem a efetiva prova da materialidade (que normalmente é lastreada no laudo definitivo). Desse modo, busca-se demonstrar se houve ou não mitigação do conceito clássico da *opinio delicti*.

Por fim, enfrenta-se a questão atinente à possibilidade ou não de comprovar a materialidade delitiva nos crimes de tráfico ilícito de drogas por meio de prova *indireta*, explorando-se os argumentos contrários e favoráveis empregados pelos tribunais nacionais a respeito da matéria.

## 2. Tráfico de drogas como exemplo de lei penal em branco heterogênea: uma abordagem sob a perspectiva constitucional

Substancial parte da doutrina, em análise da classificação das normas penais<sup>3</sup>, traça a importante diferença entre as normas *incriminadoras* e as *não incriminadoras*, estabelecendo que as primeiras carregam a função de definir as infrações penais, determinando a conduta proibida ou permitida, sob a possibilidade de aplicação de pena<sup>4</sup>.

Referidas normas incriminadoras, segundo a mesma doutrina, são compostas ordinariamente por dois preceitos distintos: a) o *preceito primário*: sendo aquele em que se descreve a conduta proibida ou legalmente imposta e; b) o *preceito secundário*: onde é especificada,

<sup>3</sup> Sobre as normas penais: BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>4</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*, v.1. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 19.

de forma ainda abstrata, a pena prevista para a hipótese de violação ao comportamento delimitado no primeiro preceito.

É dessa categorização, em essência, que se torna possível a compreensão das *normas penais em branco* (ou *leis penais em branco*). Há que se conceitue, ainda, de *cominações penais cegas*<sup>5</sup>.

Adotando-se o referencial da classificação acima apontada, as mencionadas normas penais em branco possuem o preceito primário incompleto<sup>7</sup>, de modo que dependem da complementação de outra norma para que se torne completa, em todos os elementos, a descrição que define qual comportamento é ou não proibido<sup>8</sup>. Não por outra razão são também conhecidas por normas *primariamente remetidas*<sup>9</sup>.

Em avanço, como uma subcategorização, as normas penais em branco podem ser *homogêneas*<sup>10</sup> (quando a norma complementadora tem o mesmo *status* jurídico do preceito primário incompleto – v.g uma lei federal complementa outra lei federal) ou *heterogêneas* (que se dá quando a norma complementadora tem *status* jurídico diferente, como na hipótese de uma norma administrativa vier a complementar a lei federal).

<sup>5</sup> Sobre as normas penais em branco: ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: Aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

<sup>6</sup> ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. 2a ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 114.

<sup>7</sup> Norma penal em branco é aquela cuja compreensão do preceito primário demanda complementação. Em outras palavras, por mais que exista a descrição de uma conduta proibida, esta descrição demanda um complemento extraído de um outro diploma, como, por exemplo, leis, decretos, regulamentos, etc, para que se possa compreender os limites da proibição feita pela lei penal. É o que ocorre, por exemplo, com os crimes de drogas. (LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2a ed. Salvador: Juspodim, 2011, p. 684-685).

<sup>8</sup> “Elas se caracterizam pelo sentido genérico do preceito que deve ser completado por outra disposição normativa (lei, decreto, regulamento, circular. Etc). A descrição da conduta incriminada necessita ser integrada por outro norma já existente ou futura” (DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 313).

<sup>9</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*, v.1. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p.20.

<sup>10</sup> Há ainda quem trace outra categoria interna para as normas penais em branco homogêneas, dividindo-as em: a) *homovitelina/homóloga*: quando a norma complementadora é inserida no mesmo documento legal (v.g um artigo do Código Penal complementando outro) e b) *heterovitelina/heteróloga*: quando a norma complementadora, embora seja da mesma espécie (v.g lei complementando lei) é encontrada em documento legal distinto.



Se de um lado a norma penal em branco homogênea não suscite dúvidas a respeito de sua constitucionalidade, já que claramente se amolda ao conceito de legalidade para fins penais, a mesma tranquilidade não se encontra quando a indagação é direcionada à heterogênea, já que presentes objeções, como adiante se verá, a respeito de uma suposta violação à Constituição Federal, fundamentalmente quanto ao artigo 5º, XXXIX<sup>11</sup>.

A exemplo de alguns outros tipos penais previstos na lei de drogas, o crime previsto no artigo 33, da Lei 11.343/06, é caracterizado por ter sido previsto em uma norma penal em branco heterogênea, precisamente no ponto específico da conceituação de quais substâncias entorpecentes são permitidas e quais são proscritas em território nacional.

É evidente que o legislador não se encarregou de elencar quais substâncias possuem ou não os elementos químicos e/ou orgânicos que sejam capazes de caracterizá-las como drogas ilícitas. A análise da natureza técnica dessas substâncias foge ao campo estritamente político e é imergida, na realidade, em valorações científicas que dão base às conclusões divulgadas, no Brasil, pela Agência Nacional de Vigilância (ANVISA).

Tal conclusão é extraída do artigo 1º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/06, que assim determina:

“Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”<sup>12</sup> (destaque acrescentado).

Nessa ordem de ideias, o ato normativo (de *status* administrativo) que relaciona quais substâncias são ou não proscritas em território

<sup>11</sup> CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 149.

<sup>12</sup> BRASIL. Lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 04/07/2016.

nacional é a portaria n. 344, de 12 de maio de 1998, editada pela ANVISA. Em tal portaria aprova-se o regulamento técnico sobre substâncias ou medicamentos sujeitos a controle especial, com o catálogo de substâncias proibidas<sup>13</sup>.

Trata-se, no mais, de ato que pode ser retificado/modificado administrativamente, fazendo-se incluir novas substâncias ou retirando-se aquelas que já se encontram no rol, o que, em última análise, permite o aumento ou diminuição do âmbito de alcance da norma penal incriminadora, conforme modificação administrativa da referida portaria.

Tal sistemática, em linhas gerais, vem assentada na premissa de que os profissionais da área da saúde possuem melhores condições de definir quais substâncias devem ou não integrar o catálogo de proibição, retirando-se do legislador, em consequência, a responsabilidade de elencar as aludidas substâncias, o que não retira dele, no entanto, a possibilidade de inserir, por razões políticas, a exclusão de uma ou outra substância do âmbito de aplicação da norma.

Conforme já adiantado, se de um lado a técnica da norma penal em branco representa uma salutar objetividade do tipo penal, de outro pode apresentar questionamentos a respeito de sua constitucionalidade, notadamente quando a norma integradora/complementadora é revestida de caráter infralegal (*norma penal em branco heterogênea*), a exemplo do que ocorre na situação do tráfico ilícito de entorpecentes, cujo tipo penal é integrado por portaria da ANVISA, isto é, ato normativo *administrativo*.

As referidas indagações derivam, via de regra, da aparente violação do princípio da legalidade penal, previsto no artigo 5º, XXXIX, da CF, que determina que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (destaque acrescentado)<sup>14</sup>.

Trata-se de previsão constitucional que introduz, no plano positivo, essencial direito fundamental de primeira dimensão, o que

<sup>13</sup> BRASIL. Portaria 344/98. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/>>. Acesso em: 04/07/2016

<sup>14</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.

lhe reveste de particular força normativa<sup>15-16</sup> na condição de cláusula pétrea. Está-se diante, em outras palavras, de importante *limite material*<sup>17</sup> ao poder constituinte derivado reformador, na forma do artigo 60, § 4º, IV, da CF<sup>18</sup>, de modo que sequer a emenda constitucional é capaz de reduzir o âmbito de proteção do direito fundamental em questão.

Outro fator importante da característica fundamental mencionada é o direcionamento do critério de sua interpretação, indicando que sua leitura é sempre tomada à luz da ideia da *máxima efetividade da Constituição*<sup>19</sup>, impedindo-se interpretações ou mecanismos de linguagem que emprestem caráter redutor do âmbito de alcance do direito fundamental.

Fixadas essas premissas, é possível, agora, delimitar o suposto problema da inconstitucionalidade da norma penal em branco *heterogênea*, sendo o estudo do tráfico ilícito de drogas um dos que melhor ilustram a questão.

Em primeiro plano, a questão está na compatibilidade de uma norma administrativa acabar por definir, mesmo que em complementação ao tipo penal, qual substância será caracterizadora ou não do tráfico. Em última análise, poderia se questionar uma aparente incompatibilidade desse mecanismo com o direito fundamental anteriormente apontado, que claramente delimita que apenas a *lei* anterior é que pode definir o crime.

Sobre o problema, eis a doutrina:

A lei ou norma penal em branco pode ser conceituada como aquela em que a descrição da conduta punível se mostra lacunosa ou incompleta, necessitando de outro dispositivo legal para sua integração ou complementação. àp. 148.”

<sup>15</sup> HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 33-34.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 89-90.

<sup>17</sup> FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 58.

<sup>18</sup> “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) os direitos e garantias individuais” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 21/02/2016).

<sup>19</sup> Sobre o tema: CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7ª edição. Lisboa: Almedina, 1993, p. 227.

“em que pese seu amplo emprego, especialmente na tutela de bens-jurídicos metaindividuais, convém salientar que o uso dessa técnica legislativa pode ensejar, em certos casos, ofensa ao princípio da intervenção penal legalizada (art. 5º, XXXIX, CF, art. 1º, CP). A previsão imperativa (positiva ou negativa) deve fixar com transparência os limites (margens penais) de sua integração por outro dispositivo legal. Isso porque o caráter delitivo da ação ou da omissão só pode ser delimitado pelo poder competente (Poder Legislativo), em razão da absoluta reserva de lei exigida pela matéria, sob pena de inconstitucionalidade<sup>20</sup>.

Não se admitindo, conforme já dito, interpretações restritivas, não há como entender que a norma administrativa poderia criminalizar determinado comportamento. Nota-se, no mais, que além da própria clareza do texto constitucional, é preciso rememorar que a norma de viés puramente administrativo (v.g uma portaria) não passa pelo crivo democrático que é próprio do sistema legislativo.

Para contextualizar ainda mais o problema, eis uma hipótese para debate.

Imagine-se que a substância “X” não integra, no momento, a portaria 344/98 da ANVISA. Em tal contexto, não se tratando de elemento proscrito, sua posse e comercialização são, em princípio, permitidas pelas normas. Imagine-se, no entanto, que em determinado dia futuro ocorra uma retificação da portaria, agora fazendo-se incluir a substância “X” como proibida em território nacional.

Pelo referencial da hipótese acima, resta claro que a comercialização da mencionada substância era permitida em território nacional, mas por força de uma posterior modificação da norma administrativa – tornando aquela substância específica proscrita –, seu comércio passou a ser ilícito e caracterizador, na tipicidade formal, do crime previsto no artigo 33, da Lei n. 11.343/06. Em última análise, poder-se-ia questionar o fato de que foi a norma puramente administrativa que, nesse caso, passou a criminalizar um comportamento antes não criminalizado<sup>21</sup>. Ocorre, porém, que o

<sup>20</sup> CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 149.

<sup>21</sup> No sentido da inconstitucionalidade da norma penal em branco própria, isto é, complementada por ato infralegal: ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro;

entendimento amplamente dominante<sup>22</sup> (tanto em âmbito doutrinário, quanto jurisprudencial) é no sentido de inexistir inconstitucionalidade na norma penal em branco *heterogênea*, considerando que o núcleo essencial da conduta vem descrito na lei, respeitando-se, de consequência, a previsão constitucional.

É dizer, em outras palavras, que a complementação feita pela norma administrativa não é violadora do direito fundamental previsto no artigo 5o, XXXIX, da CF e nem do processo legislativo, considerando que a definição do crime – como ocorre com o tráfico ilícito de entorpecentes – é feito por lei federal.

Sobre o tema, a exemplo do entendimento dominante em outros tribunais, colhe-se julgado do Tribunal de Justiça do Paraná:

(...) não há de se alegar inconstitucionalidade do tipo do crime de tráfico de drogas ante o fato de se tratar de norma penal em branco. A despeito dos debates ocasionados pela irresignação de parcela da doutrina que sustenta teses unilaterais de origem pro reo, a alegação de inconstitucionalidade das normas penais em branco na modalidade heterólogas (completadas por normas de categoria diversa) não mais discute. Frente à superioridade da velocidade das descobertas e alterações das diversas substâncias cuja traficância se visa obstar com a incriminação do tráfico de drogas, o combate à criminalidade da narcotraficância não se pode ser impossibilitada pela menor rapidez do processo legislativo. Ao invés

---

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. 2a ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 116.

<sup>22</sup> Como exemplo de autores que coadunam com a posição minoritária, isto é, que reconhecem a inconstitucionalidade da norma penal em branco heterogênea, eis as palavras de Rogério Greco: “Dissemos que as normas penais em branco heterogêneas são aquelas cujos complementos provêm de fonte diversa daquela que editou a norma que necessita ser complementada. A questão que se coloca, agora, é a seguinte: como o complemento da norma penal em branco heterogênea pode ser oriundo de outra fonte que não a lei em sentido estrito, esta espécie de norma penal ofenderia o princípio da legalidade? Entendemos que sim, visto que o conteúdo da norma penal poderá ser modificado sem que haja uma discussão amadurecida da sociedade a seu respeito, como acontece quando os projetos de lei são submetidos à apreciação de ambas as casas do Congresso Nacional, sendo evada em consideração a vontade do povo, representado pelos seus deputados, bem como a dos Estados, representados pelos seus senadores, além do necessário controle pelo Poder Executivo, que exercita o sistema de freios e contrapesos”. (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*, v.1. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, 13a ed p. 23-24).

de sujeitar a sociedade a tamanha insegurança, optou-se por prever na lei penal as condutas típicas (leia-se, os 18 verbos nucleares do crime de tráfico), deixando-se para os setores especializados da Administração Pública a definição técnica das substâncias cujo comércio configura tráfico ilícito. Sobre o tema, para que se evite delongas desnecessárias, ressalta-se que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça reconhecem a plena constitucionalidade da norma penal em branco<sup>23</sup>.

Em sentido análogo, o Superior Tribunal de Justiça também validou a utilização, na lei de drogas, da norma penal em branco heterogênea. Eis relevante trecho da ementa:

O art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 apresenta-se como norma penal em branco, porque define o crime de tráfico a partir da prática de dezoito condutas relacionadas a drogas, sem, no entanto, trazer a definição desse elemento do tipo. 2. A definição do que sejam “drogas”, capazes de caracterizar os delitos previstos na Lei n. 11.343/2006, advém da Portaria n.344/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. (...) 6. Recurso especial provido para, reconhecida a materialidade do crime de tráfico de drogas, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, para que prossiga no julgamento da Apelação Criminal n. 70052225380<sup>24</sup>.

Consignada a prevalência do entendimento que sustenta a constitucionalidade do emprego da norma penal em branco heterogênea, passa-se, a partir dos próximos capítulos, ao estudo da forma de comprovação da materialidade delitiva no crime de tráfico de drogas, já que necessária, conforme visto, a demonstração *técnica* de que a substância envolvida na conduta ter perfeita correspondência (química ou orgânica), com a portaria 344/98 da ANVISA, sob pena de atipicidade.

---

<sup>23</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná – 5ª C.Criminal – AC – 1105324-8 – Curitiba – Rel.: Jorge Wagih Massad – Unânime – – J. 20.02.2014. Disponível em: [www.tjpr.jus.br](http://www.tjpr.jus.br). <<Acesso em: 04/07.2016>>.

<sup>24</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1444537/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 25/04/2016 Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). <<Acesso em: 04/07.2016>>.

### 3. O laudo de constatação preliminar e a formação da *opinio delicti*

Nos termos do artigo 129, inciso I, da Constituição da Federal<sup>25</sup>, o Ministério Público é, privativamente, o titular da ação penal pública. Na forma disposta pelo 54 da Lei 11.343/03:

Art. 54. Recebidos em juízo os autos do inquérito policial, de Comissão Parlamentar de Inquérito ou peças de informação, dar-se-á vista ao Ministério Público para, no prazo de 10 (dez) dias, adotar uma das seguintes providências: I – requerer o arquivamento; II – requisitar as diligências que entender necessárias; III – oferecer denúncia, arrolar até 5 (cinco) testemunhas e requerer as demais provas que entender pertinentes.<sup>26</sup>

Além de observar requisitos formais exigidos pelo artigo 41 do Código de Processo Penal<sup>27</sup>, o membro do Ministério Público, ao formular sua acusação, deverá ater-se à existência de justa causa para a propositura da ação penal. Impõe-se a formação da *opinio delicti* – convicção por parte do órgão acusador quanto à prova da materialidade do crime e indícios suficientes acerca da respectiva autoria, evitando-se, por meio desse mecanismo, que a ação penal seja iniciado sem um suporte probatório minimamente razoável.

Nos termos do artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal<sup>28</sup>, a denúncia ou queixa será rejeitada quando lhe faltar justa causa para o exercício da ação penal. Acerca desse tema, dizem Eugênio Pacelli e Douglas Fisher:

<sup>25</sup> BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2016.

<sup>26</sup> BRASIL. *Lei 11.343/03*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2016.

<sup>27</sup> A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

<sup>28</sup> Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III – faltar justa causa para o exercício da ação penal. (BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2016).

Sempre entendemos a *justa causa* como sendo uma condição da ação, inserta no contexto da demonstração do interesse de agir, inclusive quanto à necessidade de existência de lastro probatório mínimo a comprovar a imputação. De outro lado, e aí a racionalidade da novel inserção, tanto a doutrina e a jurisprudência já vinham admitindo a justa causa também como condição da ação exatamente em face do disposto do inciso I do art. 648 do CPP, que prevê a hipótese de trancamento de ação penal instaurada or coação ilegal quando não houvesse justa causa para o feito criminal, tanto para solução de questões processuais (e.g. falta de prova mínima para embasar a acusação, inépcia da inicial etc) quanto para aquelas pertinentes ao próprio mérito da ação criminal.<sup>29</sup>

Logo – em face de previsão legal e de acordo com o entendimento doutrinário apontado – a justa causa constitui uma das condições da ação penal. Portanto, para que possa oferecer denúncia, o Ministério Público, deverá se convencer de que a prova indiciária sob apreciação demonstra a materialidade da infração penal e

Nos termos do artigo 158 também do Código de Processo Penal: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”<sup>30</sup>. Por sua vez, o artigo 167 do mesmo diploma legal excepciona essa exigência: “Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.”<sup>31</sup>

O artigo 564, inciso III, alínea “b”, do Código de Processo Penal, prevê a ocorrência de nulidade quando ausente “o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167”<sup>32</sup>. Assim, não havendo vestígios a serem analisados, é possível suprir, por meio de testemunho, a ausência de laudo pericial.

<sup>29</sup> PACHELLI, Eugênio; FISHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 846.

<sup>30</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2016.

<sup>31</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2016.

<sup>32</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2016.

Da análise dos dispositivos legais acima indicados, depreende-se que o Ministério Público poderá formular seu convencimento no tocante à materialidade do crime e indícios de respectiva autoria com base em todos os meios de prova. Tal liberdade de atuação é reforçada pelo princípio da independência funcional, segundo o qual os membros do Ministério Público – no exercício de sua atividade-fim – não estão subordinados a quaisquer deliberações de seus superiores administrativos.

Essa regra não é absoluta, encontrando limitação no artigo 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal, segundo o qual: “Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)”<sup>33</sup>. Igualmente, nos termos do artigo 5o, inciso LVI, da Constituição Federal: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”<sup>34</sup>.

Portanto, ainda que depare com o desaparecimento dos vestígios, o *Parquet* – com base nesse acervo legal e na clássica definição da *opinio delicti* – poderá apontar de modo indireto a materialidade dos crimes que exigem resultado naturalístico para sua configuração.

Contudo, a Lei 11.343/06, abordou a questão referente ao estabelecimento da materialidade do de modo peculiar. É o que se depreende do disposto no § 1o de seu artigo 50: “Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea”<sup>35</sup>.

Verifica-se, portanto, que a Lei de Drogas determinou a elaboração de laudo de constatação, a fim de averiguar – ao menos de forma precária – que a substância apreendida corresponde a qualquer daquelas listadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – como de uso proibido no território nacional.

em: 14 jun. 2016.

<sup>33</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2016.

<sup>34</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>35</sup> BRASIL. *Lei 11.343/03*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2016.

A demonstração da materialidade do crime de tráfico ilícito de drogas possui algumas particularidades. Conforme acima exposto, para que possa ser definida como droga, a substância apreendida deve constar de ato administrativo. Para atestar essa informação é necessário ter cautela e conhecimento técnico.

Prova pericial definitiva, que ateste a composição química e a presença do princípio ativo apontado como de uso proibido no Brasil, não pode ser produzida imediatamente. Para tanto, se fazem necessários exames específicos, que demandam tempo para serem elaborados. Não é possível sua produção com a urgência demandada pela lavratura de um auto de prisão em flagrante delito.

Por outro lado, deixar de exigir qualquer avaliação técnica em face da substância apreendida, representaria risco aos direitos e garantias fundamentais das pessoas. Isso porque, há substâncias lícitas com aspecto físico bastante parecidos com o das drogas (açúcar ou talco podem ser confundidos com cocaína, tabaco pode ser confundido com maconha). Desse modo, haveria prisões indevidas e denúncias temerárias, sem que fosse sequer tomada a cautela para se excluir a hipótese de crime impossível por absoluta impropriedade do objeto material do crime.

Nesse sentido, oportunas as considerações de Roberto Delmanto:

Para a lavratura do auto de prisão em flagrante, bem como para se estabelecer a materialidade do crime, será suficiente laudo de constatação da natureza e da quantidade da droga, elaborado por perito oficial ou, na sua falta, por pessoa idônea. A nosso ver, embora a lei não fale, esta pessoa deverá ter, necessariamente, conhecimento sobre drogas, além de ser devidamente compromissada, nos termos do art. 159, § 2º, do CPP, tanto na fase policial quanto judicial. Isso porque o citado artigo do Código de Processo Penal não é incompatível com o art. 50, § 1o, da Lei de Drogas, sendo prudente a lavratura de tal compromisso por tratar-se de prova penal.<sup>36</sup>

Logo, andou bem o legislador ao instituir a necessidade de confecção do laudo de constatação de drogas. No entanto, tal providência não basta para servir de suporte a uma sentença condenatória.

<sup>36</sup> DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. 2 ed. Saraiva São Paulo p. 978

Conforme mencionado alhures, somente é possível atestar que uma substância é realmente droga mediante a comprovação de que ela contém algum dos princípios ativos listados pelas autoridades sanitárias como de uso proscrito. Isso somente é possível por meio da realização de exame toxicológico.

É certo que a exigência do laudo de constatação é dispensável quando a infração penal, ainda que prevista na Lei de drogas, não demandar resultado naturalístico para sua configuração. É o que ocorre em relação ao crime definido no artigo 35 da Lei 11.343/05<sup>37</sup> – associação para o tráfico: “Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei”.

A propósito, Renato Brasileiro de Lima<sup>38</sup>, a respeito deste delito, aduz:

Por se tratar de crime formal, consumando-se com a associação estável e permanente de duas ou mais pessoas para o fim de praticar qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34, da Lei de Drogas, a condenação pelo crime de associação para fins de tráfico dispensa a apreensão da droga e a realização de exame toxicológico.

Assim, em se tratando de crime formal, sequer é exigida a apreensão de drogas para o reconhecimento de sua configuração. Nessa hipótese, o Ministério Público poderá formular seu convencimento acerca da existência ou não de justa causa para a ação penal com base em todos os meios de prova juridicamente admissíveis.

Por outro lado, ao se deparar com procedimentos investigatórios que tenham por objeto elucidar crimes materiais definidos na Lei de Drogas, o Ministério Público atuará de modo peculiar. Não poderá se valer de demonstração indireta da materialidade do delito, tendo em vista a exigência, ao menos, da juntada do laudo de constatação. Caso disponha apenas desse instrumento de prova (e em regra os laudos de exame toxicológico não instruem o caderno investigatório), formará a *opinio delicti* sem a efetiva comprovação da materialidade delitiva.

<sup>37</sup> BRASIL. Lei 11.343/03. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2016.

<sup>38</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. p. 775.

Desse modo, a Lei 11.340/03 inovou ao possibilitar a demonstração precária da existência de infração penal por meio do laudo de constatação: na hipótese crime material, resguarda os interesses defensivos do investigado (consoante argumentos acima expostos) e ao mesmo tempo permitiu ao Ministério Público oferecer denúncia sem a demonstração cabal da materialidade do crime (o que somente ocorrerá com a elaboração do laudo de exame toxicológico).

Portanto, restou evidenciado que da *opinio delicti* no tocante aos crimes materiais definidos pela lei de drogas não se forma da maneira tradicional. O Ministério Público poderá promover a ação penal pública com base no laudo de constatação, dispensando-se a efetiva comprovação da materialidade delitiva por ocasião da denúncia.

Por outro lado, resta saber se para os fins da sentença penal condenatória é possível a utilização do simples laudo preliminar ou mesmo de prova indireta, quando não possível a realização do laudo definitivo. Dada a profundidade da problemática, esta indagação será valorada em tópico próprio.

#### 4. Demonstração da materialidade por exame indireto no tráfico de drogas?

Uma vez analisada a demonstração da materialidade delitiva pela via direta, isto é, por meio da comprovação técnica que dá conteúdo ao laudo de pesquisa toxicológica, cabe enfrentar uma interessante questão, com importante repercussão prática, qual seja, se seria possível a condenação de determinada pessoa utilizando-se de demonstração *indireta* da materialidade delitiva?

A resposta ao aludido questionamento servirá de base para definir, por exemplo, se é possível ter por comprovada a materialidade delitiva, dentro do processo, sem apreensão da droga ou quando, por qualquer outra razão, tornou-se impossível a realização do exame laboratorial. É dizer, em outras palavras, que o propósito da indagação feita reside na discussão sobre a possibilidade ou não de outras provas (como a testemunhal) suplantarem a exigibilidade do laudo de pesquisa toxicológica, fazendo-o substituir, por exemplo, por relatos de testemunhas que teriam presenciado o cometimento do crime.

Na doutrina é possível encontrar entendimentos divergentes a respeito do tema. Destaque-se, neste particular, a visão de Renato Brasileiro de Lima que promove conclusões diferentes para as duas

seguintes hipóteses: a) quando houve a apreensão da droga no contexto do flagrante delito, mas que por alguma razão posterior não se realizou o laudo e não há mais possibilidade de realizá-lo (o que ocorreria, por exemplo, com o desaparecimento da droga apreendida); b) quando não houve apreensão da droga, mas nos autos há um conjunto probatório robusto indicativo da narcotraficância.

Conforme entendimento de Renato Brasileiro de Lima, a hipótese “a” necessariamente conduzirá a uma sentença absolutória, por ausência de materialidade delitiva, implicando-se na absolvição<sup>39</sup> com fundamento no artigo 386, III, do CPP. A lógica por trás dessa convicção deriva do artigo 158, do CPP, que prevê que quando a infração deixar vestígios, será *indispensável* o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”. Nessa ordem de ideias, à luz do artigo 167, do CPP<sup>40</sup>, como *era possível* a realização do laudo técnico (já que houve a apreensão de drogas, que somente não foram periciadas por alguma forma de falha), não restaria autorização para realização do *laudo indireto*.

Por outro lado, quando analisa a hipótese “b”, o mencionado autor adota conclusão diversa. Entende que em não havendo apreensão de drogas, a regra do artigo 167, do CPP, autorizaria no contexto da Lei de Drogas a autorização da demonstração da materialidade por laudo *indireto*, considerando que a ausência de qualquer apreensão torna impossível, por imperativo lógico, a confecção do laudo de pesquisa toxicológica. Exigir-se-ia, no entanto, prova bastante robusta para que o exame fosse feito de moldes indireto. Eis interessante trecho de sua obra:

(...) nos casos de não apreensão da droga, é perfeitamente possível a prolação de um decreto condenatório pelos crimes da Lei n. 11.343/06, desde que a ausência do exame direto seja suprida por um conjunto probatório robusto extraído da prova documental e testemunha produzida durante o curso da instrução probatória.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2a ed. Salvador: Juspodim, 2011p. 827.

<sup>40</sup> “Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.” (BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, De 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 04/07/2016

<sup>41</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. cit.* p. 829.

Esse mesmo entendimento já foi acolhido em 2004 pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal, em decisão de relatoria da Ministra Ellen Gracie, assim ementada:

TRÁFICO DE ENTORPECENTE. EXAME TOXICOLÓGICO. HIPÓTESE EM QUE ESSE EXAME PODE SER SUBSTITUÍDO PELA PROVA TESTEMUNHAL. EMENDATIO LIBELLI. Tráfico de entorpecente. Quadri-  
lha de policiais que subtraía substâncias entorpecentes de traficantes para comercialização e extorsão. Impossibilidade óbvia do pretendido exame toxicológico, cuja ausência é suprida pela prova testemunhal. Precedente (HC 78.749). (...).<sup>42</sup>

Conquanto o cenário fático por trás da transcrita decisão da suprema corte seja bastante peculiar, não há como deixar de reconhecer que se trata de precedente que reconhece a aplicabilidade da tese da possibilidade de exame indireto da materialidade delitiva no tráfico de drogas.

De qualquer forma, no próprio STF é possível visualizar a falta de decisões mais definitivas quanto ao assunto, já que visualizadas algumas decisões que concluíram pela necessidade do laudo para os fins da condenação.

O tema também já foi conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, mas até o momento ainda não recebeu resposta plenamente uniformizadora.

Veja-se que a *quinta turma* possui algumas decisões pela adesão à tese de que é possível a demonstração da materialidade indireta no tráfico de drogas, quando não tenha ocorrido a apreensão de drogas (hipótese “b” anteriormente vista). Eis precedente, por exemplo, que concluiu pela possibilidade de suplantação do laudo com base em interceptações telefônicas e outras provas dos autos:

(...) Muito embora o art. 158 do Código de Processo Penal estabeleça a indispensabilidade do exame de corpo de delito nos casos de infrações penais que deixem vestígios,

<sup>42</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal RHC 83494, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 16/03/2004, DJ 02-04-2004 PP-00028 EMENTVOL-02146-04 PP-00776. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). <<Acesso em: 04/07.2016>>.

tal exigência não é de ser reclamada como uma necessária condição para a condenação pelo crime de tráfico de drogas, pois o próprio art. 167 do Código de Processo Penal estabelece que, não sendo possível o referido exame, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir a sua falta. Com efeito, conquanto não se tenha logrado êxito na apreensão de substâncias entorpecentes em poder do paciente, o sentenciante apresentou substancial conjunto probatório que consubstancia corpo de delito indireto suficiente a justificar a condenação do paciente pelo delito de tráfico de drogas, notadamente diante do teor das conversas telefônicas interceptadas, cujo conteúdo demonstra as atividades de compra e venda de drogas, o que vem corroborado com as demais provas constantes dos autos. 3. Além disso, a ação penal originou-se de ampla investigação, na qual houve a prisão em flagrante de outros acusados de integrar a associação criminosa voltada à prática do crime de tráfico de drogas, ocasião em que foram apreendidos entorpecentes em poder dos corréus. Diante desse quadro, inviável acolher a tese assinalada na inicial, pois, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a apreensão da substância proscrita com coautores do crime de tráfico é suficiente para atestar a materialidade do delito, não havendo se falar em ausência de provas à condenação (...) <sup>43</sup>.

Da análise da fundamentação da decisão, resta evidente que em 2014 a *quinta turma* do STJ entendeu pela possibilidade do exame indireto, mas desde que no processo haja prova robusta e que se esteja diante de hipótese em que sequer houve a apreensão de drogas.

Sem prejuízo das razões apontadas, defende-se no presente texto a impossibilidade, em qualquer circunstância, do uso do laudo indireto para comprovação da materialidade no tráfico de drogas, quer tenha ocorrido ou não a apreensão de substâncias.

Por razões científicas não há como deixar de concluir que somente o exame pericial será capaz de demonstrar, por valoração técnica, a natureza da substância. De tal maneira, a ausência do laudo de pesquisa toxicológica deverá conduzir à inevitável absolvição. A

<sup>43</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 287.703/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 23/05/2014. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). <<Acesso em: 04/07.2016>>.

prova testemunhal a respeito da natureza da substância, por mais que possa gerar um aprofundo estágio de verossimilhança, nunca terá o condão de delimitar, com a certeza necessária, a natureza da substância envolvida na conduta (se de fato, embora aparente, possui as propriedades orgânicas ou químicas que se exigem para que se amoldem à portaria da ANVISA).

Rememore-se, por ser salutar, que a verossimilhança não se confunde com a segurança exigida para a prolação da sentença penal condenatória. Por isso, mesmo que a dúvida seja mínima, alternativa não restará a não ser o decreto absolutório.

Nota-se que a delegação feita pela Lei ao órgão de saúde para que fossem catalogadas as substâncias proscritas é, além de outros argumentos, raciocínio que legitima a conclusão de que não se trata de uma valoração que possa ser feita sem imersão técnica. A substância envolvida na conduta não pode apenas ter *aparência* dos traços de uma droga descrita na portaria 344/98. Mais do que isso, é preciso que se comprove que tal substância, tecnicamente examinada, tenha o composto definido pela norma técnica.

Esse, aliás, é o entendimento da *sexta turma* do STJ, e que foi manifestado nas mais recentes decisões do Tribunal. Eis julgado a respeito do tema:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE DELITIVA. LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. AUSÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. 1. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou a orientação de que a ausência do laudo toxicológico definitivo não pode ser suprida pela juntada do laudo provisório, impondo-se a absolvição do réu da imputação do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, por ausência de comprovação da materialidade delitiva. 2. Agravo regimental improvido<sup>44</sup>.

Entende-se que tal decisão é a que melhor representa a opção legislativa, não havendo a possibilidade de demonstração indireta de

<sup>44</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no REsp 1544057/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 06/06/2016. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). <<Acesso em: 04/07.2016>>.



que a substância envolvida no contexto delitivo carrega em si, com a certeza necessária, as características descritas na portaria 344/98.

De qualquer forma, ressalte-se que tal raciocínio não tem aplicabilidade ao delito previsto no artigo 35, da Lei n. 11.343/06 (associação para fins de tráfico), já que se trata, em tal caso, de *crime formal*. Sua consumação, em razão dessa característica, independe de qualquer resultado naturalístico, bastando a associação de duas ou mais pessoas para a prática dos crimes descritos no tipo, ainda que de forma eventual. É possível, então, que a consumação se dê antes mesmo do cometimento do tráfico de drogas em si, dele sendo independente.

Feitas tais considerações, reconhece-se que há a necessidade de que o Superior Tribunal de Justiça, em seu papel constitucional, uniformize sua própria jurisprudência a respeito da demonstração indireta da materialidade delitiva no delito de tráfico de drogas, entendendo-se como a decisão mais acertada aquele que, à luz da opção legislativa, defende a impossibilidade de condenação sem a presença do laudo de pesquisa toxicológica (única prova efetivamente capaz de demonstrar a subsunção da conduta ao tipo complementado pela portaria 344/98).

## 5. Conclusões

O legislador agiu bem ao empregar a técnica da norma penal em branco para a definição dos crimes de tráfico ilícito de drogas. Diante da já apontada constitucionalidade da norma penal em branco *heterogênea*, mostra-se adequado definir, por ato administrativo, a relação de substâncias proibidas no território nacional. De fato, para essa tarefa é mais qualificada, em sua estrutura administrativa, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, notadamente porque os delitos materiais da lei de drogas, diferentemente de outros, demandam a presença de características que somente áreas externas ao Direito para valoração da tipicidade formal.

A capacitação técnica é imprescindível à constatação de princípio ativo específico listado como de uso proscrito. Portanto, não há como admitir a demonstração *indireta* da materialidade delitiva nos crimes de tráfico ilícito de drogas, já que imprescindível a prova técnica. Por mais robusta que seja, por exemplo, a prova testemunhal, não terá ela o condão de atestar, com o grau de convicção necessário, a presença da propriedades químicas ou orgânicas que justificam a inclusão da

substância no rol da ANVISA. Enfim, por maior que seja o juízo de verossimilhança surgido por prova diversa do Laudo de Pesquisa toxicológica, não será suficiente a demonstrar a materialidade delitiva.

Admitindo o oferecimento de denúncia com base apenas no laudo de constatação, a Lei 11.343/06 flexibilizou o conceito de *opinio delicti*. No entanto, essa flexibilização ocorre em virtude da necessidade de se resguardar direitos fundamentais do investigado por ocasião da prisão em flagrante delito, diante da impossibilidade de elaboração imediata de laudo de exame toxicológico.

A condenação pela prática de crimes materiais previstos na lei 11.343/06 depende, por outro lado, do exame *direto* da substância apreendida. É imprescindível elaborar o laudo de exame toxicológico, a fim de que o julgador possa constatar a existência e a adequação do princípio ativo àqueles definidos em norma administrativa emanada de órgão estatal capacitado.

Ao revés, não é possível a comprovação da materialidade das infrações penais em apreço com base em prova indireta (raciocínio que logicamente não se aplica aos crimes formais, como a associação para fins de tráfico, infração que independe do resultado naturalístico). Nesse caso, se impõe a absolvição da pessoa acusada.

## Referências

- ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. 2a ed. Buenos Aires: Ediar, 2002
- ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: Aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 89-90.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 21/02/2016.
- BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2016.

BRASIL. Lei 11.343/03. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2016.

BRASIL. Portaria 344/98. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/>>. Acesso em: 04/07/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal RHC 83494, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 16/03/2004, DJ 02-04-2004 PP-00028 EMENT VOL-02146-04 PP-00776. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 04/07.2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 287.703/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 23/05/2014. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 04/07.2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no REsp 1544057/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 06/06/2016. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 04/07.2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1444537/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 25/04/2016 Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 04/07.2016.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná - 5ª C.Criminal - AC - 1105324-8 - Curitiba - Rel.: Jorge Wagih Massad - Unânime - - J. 20.02.2014. Disponível em: <[www.tjpr.jus.br](http://www.tjpr.jus.br)>. Acesso em: 04/07.2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7ª edição. Lisboa: Almedina, 1993.

CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. 2ª ed. Saraiva São Paulo.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 7a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*, v.1. Rio de Janeiro: Impetus, 13ª ed, 2011.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

PACELLI, Eugênio; FISHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

# A análise judicial do auto de prisão em flagrante segundo a lei de drogas:

Linhas para uma necessária adequação constitucional e convencional

25

*Mauro Fonseca Andrade<sup>1</sup>  
Rodrigo da Silva Brandalise<sup>2</sup>*

## 1. Introdução

No ritmo em que a sociedade de nossos dias está se desenvolvendo, o fato de uma determinada lei completar dez anos se mostra altamente significativo. Quando essa lei se ocupa, penal e processualmente, de um dos temas mais controversos na esfera do direito criminal (leia-se, drogas ilícitas), o apelo para sua análise no contexto atual é ainda mais forte.

O questionamento a tudo o que envolve a comercialização e uso das chamadas *drogas ilícitas* é perene, podendo-se encontrar literatura séria para ambas as correntes, polarizadas na descriminalização ou manutenção da atual forma de abordagem a tais práticas. Por sua vez, no que diz respeito aos temas de natureza processual, é possível ver, a partir de uma observação meramente objetiva em relação a essa década de existência, que a Lei nº 11.343, de 2006, deparou-se com diversas situações detentoras de grande potencial para produzir alterações nas rotinas das fases de investigação e do processo de conhecimento por ela formalmente reguladas.

<sup>1</sup> Professor Titular da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de Barcelona/Espanha. Promotor de Justiça/RS.

<sup>2</sup> Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa/Portugal. Promotor de Justiça/RS.

Um primeiro exemplo dessa realidade pode ser notado com a Lei nº 11.719, de 2008, que entrou em vigor quando a Lei de Drogas sequer contava com dois anos de existência.

Em razão de nosso Código de Processo Penal sofrer uma profunda mudança no Livro II (Dos Procedimentos em Espécie), o resultado prático dessa reforma legislativa foi o questionamento quanto à manutenção, ou não, do procedimento que há pouco havia sido traçado pela Lei de Drogas. Em pronunciamentos que ainda hoje provocam muito desconforto, nosso Tribunal Constitucional vem mantendo o procedimento previsto para os crimes de maior apenamento, sob a justificativa de que, por se tratar de legislação especial, o rito por ela traçado prevalece sobre aquele previsto no Código de Processo Penal.

Por outro lado, dois outros exemplos, ainda não enfrentados pelos nossos Tribunais Superiores, vêm motivando certa controvérsia também no âmbito processual. Ambos estão relacionados ao procedimento a ser seguido no auto de prisão em flagrante, após sua lavratura e encaminhamento ao Poder Judiciário. Especificamente, a Lei de Drogas, em seu artigo 50, *caput*, determina que o juiz dê vista daquele auto ao Ministério Público, no prazo de 24 horas, sem fazer qualquer menção à possibilidade de manifestação posterior por parte da defesa<sup>3</sup>.

Temos, assim, duas situações que merecem uma melhor análise, frente a realidades já consolidadas, a saber: a) com a progressiva implantação da audiência de custódia no território nacional, haveria como se manter a aplicação prática daquele dispositivo, tendo em vista que a apresentação judicial da pessoa presa exige não só a presença do Ministério Público, mas também da própria defesa?; e b) nas localidades onde ainda não haja sido implantada a audiência de custódia, eventual requerimento do Ministério Público será analisado diretamente pelo juiz – tal como deixa entrever a Lei de Drogas – ou haverá a incidência das novas disposições constantes no Código de Processo Penal, particularmente aquelas que tratam da análise judicial das medidas cautelares pessoais a ele requeridas (artigo 282, § 3º)?

Tais situações serão o foco de atenção de nossas linhas, o que nos permitirá concluir pela necessidade, ou não, de uma atualização da

<sup>3</sup> Artigo 50, *caput*. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas.

Lei de Drogas, no que diz respeito à discussão que tem sido o centro das atenções no direito processual penal nestes últimos anos: o *status libertatis* do sujeito passivo da persecução penal.

## 2. O impacto da reforma do Código de Processo Penal (Lei nº 12.403, de 2011) sobre a análise do auto de prisão em flagrante nos crimes da Lei de Drogas

Quando do advento da Lei nº 11.343, de 2006, ao ocorrer a prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 horas (artigo 50). À época, esta previsão foi claramente ousada, se comparada com aquela similar contida no Código de Processo Penal – atualmente já revogada –, que previa a abertura de vista ao Ministério Público somente se presente alguma das hipóteses indicativas de exclusão da ilicitude<sup>4</sup>. Ou seja, vislumbrava-se um intento legislativo de que o juiz somente viesse a decretar alguma cautelar pessoal, caso provocado pelo Ministério Público. Contudo, ainda que se interprete o artigo 50 da Lei de Drogas como um avanço na busca da inércia do juiz na fase de investigação, imprescindível adequá-lo à realidade normativa surgida com a reforma do Código de Processo Penal, ocorrida em 2011.

Ao tratar das disposições gerais relacionadas ao Título IX – que trata da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória –, passou a dizer o artigo 282, § 3º, que, “Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo”. Fica evidente, pois, a preocupação do legislador brasileiro em preservar o contraditório e a ampla defesa, consagrados nos termos do inciso LV do artigo 5º da Constituição

<sup>4</sup> Artigo 310, *caput*. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Federal. Entretanto, por sua importante relevância, também não descuro da efetividade e da eficiência das decisões judiciais, ao possibilitar que o contraditório seja dispensado em casos de urgência e / ou de perigo de ineficácia da medida.

Sobre o tema, a doutrina explica que não há uma impropriedade no respeito ao contraditório quando da aplicação das medidas cautelares. Isso porque, ela modificou uma compreensão de longa data existente dentro do processo penal brasileiro, qual seja, a de que as medidas cautelares deveriam ser aplicadas de forma *inaudita altera parte*. Assim, a defesa somente teria o contraditório a seu favor em momento posterior, de maneira diferida, nem que fosse pela via do *habeas corpus*<sup>5</sup>.

Consagra-se, de tal maneira, a possibilidade de que a defesa venha a convencer o juízo<sup>6</sup> de que a medida não se mostra exigível no caso concreto, ou de que ela deve ser aplicada de forma mais abrandada. Quer-se, além da ordem constitucional, o respeito a pactos internacionais ratificados pelo Brasil (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 7º, § 5º; e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, artigo 9º, § 3º)<sup>7</sup>.

Pacelli e Fischer indicam que haverá de ser analisada a medida cautelar a ser imposta e o risco que ela corre, caso presente o contraditório, citando<sup>8</sup>, a título de exemplo, a prisão preventiva<sup>9</sup>. Em tal hipótese, além da necessidade dos indícios de autoria e da materialidade, pode-se afetar a efetividade da investigação ou do processo. De tal sorte que o contraditório, em casos como estes, pode afetar a aplicação da medida. Ainda, medidas como a proibição de acesso a determinados lugares, o contato com determinadas pessoas e a sus-

<sup>5</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4ª ed. Salvador: Jus Podium, 2016, p. 827.

<sup>6</sup> Relevantíssimo sobre o tema o conteúdo do artigo 10º do novo Código de Processo Civil, ao prever que “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

<sup>7</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Ob. cit., p. 827.

<sup>8</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 576.

<sup>9</sup> Citação que também é feita por Renato Brasileiro de Lima, notadamente quando se fala em risco de fuga do distrito da culpa que prejudicará a aplicação da lei penal (LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Ob. cit., p. 828).

penção de exercício de função pública ou de atividade de natureza econômico-financeira seriam afetadas pelo contraditório, já que necessário o risco de reiteração criminosa<sup>10</sup>.

Doutra banda, as demais hipóteses admitiriam a presença do contraditório, pois este é um importante elemento para a verificação da necessidade da medida<sup>11</sup>. Afinal, como sustentam os autores citados, está-se diante da composição entre a proibição de excesso e a efetividade dos direitos fundamentais<sup>12</sup>.

Noutras palavras, pode-se dizer que o contraditório prévio seria aferido pela proporcionalidade entre a medida cautelar e o interesse a ser protegido (o próprio artigo 282, *caput*, incisos I e II, mencionam a *necessidade e adequação*<sup>13</sup>).

De bom tom se mostra que o juízo, em tais hipóteses, fundamente por qual motivo deixará de aplicar o contraditório no caso concreto quando de sua decisão, de maneira a justificar a urgência e o perigo de ineficácia<sup>14</sup>. Ilustrativamente, pode-se citar que há reconhecimento jurisprudencial de que a limitação do contraditório, pelas exceções acima apontadas, aplica-se claramente às hipóteses de prisão preventiva, por sua própria natureza<sup>15</sup>.

Vê-se que tal consideração aplica-se, inclusive, em sede de contrarrazões recursais. Nosso Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, entendeu pertinente afastar o contraditório na hipótese específica de um recurso em

<sup>10</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. Ob. cit., p. 576.

<sup>11</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. Ob. cit., p. 576.

<sup>12</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. Ob. cit., p. 570.

<sup>13</sup> Como doutrina Alexy, a proporcionalidade em amplo sentido inclui as noções de necessidade, de proporcionalidade em sentido estrito e de adequação, sendo consectário lógico da aceitação de um sistema de princípios (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 119). De ser visto que Pacelli e Fischer também apontam pela necessidade de respeito à proporcionalidade, à adequação (gravidade e circunstâncias do fato, bem como condições pessoais do agente) e à necessidade (instrumentalidade para o processo ou garantias de ordem pública ou econômica) quando da aplicação das medidas cautelares pessoais (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. Ob. cit., p. 570).

<sup>14</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Ob. cit., p. 828.

<sup>15</sup> STJ, *Habeas Corpus* nº 272.769-MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. em 12/11/2013. DJe de 25 de novembro de 2013.

sentido estrito, pois, existentes ameaças de morte que poderiam obstruir a instrução criminal, é viável postergar o contraditório, desde que veicule pedido de imposição de medida acautelatória comprovadamente necessária<sup>16</sup>. Por certo, ele não desconheceu a regra do artigo 588 do Código de Processo Penal, mas também cuidou da proteção de outros interesses e direitos que necessitam de proteção jurídica e judicial.

Referido entendimento vem ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, que também se pronunciou pela correção da não intimação indicada no parágrafo anterior, pelos mesmos fundamentos estampados no artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal<sup>17</sup>. Mas não se diga que as considerações caminham sempre em tal sentido.

Em decisão recente de cunho monocrático, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a necessidade de proteção do contraditório ainda quando se trate de prisão<sup>18</sup>.

No caso versado, houve a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, primeiramente, quais sejam, o recolhimento domiciliar; a proibição de manter contato com determinadas pessoas e o monitoramento eletrônico. Entretanto, por conta de comunicação de descumprimento da última medida, foi decretada a prisão do acusado, a partir de pedido do Ministério Público, sem que tivesse existido possibilidade de contraditório. Quando do julgamento monocrático, houve o entendimento de que o risco de ineficácia da medida ou a urgência dela não se mostra pela mera possibilidade de decretação da prisão preventiva. Ou seja, exige-se uma demonstração com maior concretude da exceção legal, pois a regra é o direito e a possibilidade de influenciar o resultado do processo<sup>19</sup>.

Essa decisão abre a possibilidade para que se faça um ponto de junção entre a disposição genérica do Código de Processo Penal e a previsão específica da Lei de Drogas aqui mencionada.

Consagrado que o contraditório pode ser afastado pelo risco ou pelo perigo indicado no artigo 282, § 3º, do Código de Processo

<sup>16</sup> STJ, *Habeas Corpus* nº 267.351-DF, Relator Ministro Og Fernandes, j. em 06/08/2013. DJe de 21 de maio de 2014.

<sup>17</sup> STJ, *Habeas Corpus* nº 122.939-DF, Relator Ministro Cármen Lúcia, j. em 23/09/2014. DJe-194, de 06 de outubro de 2014.

<sup>18</sup> STF, *Habeas Corpus* nº 133.894-DF, Relator Ministro Dias Toffoli, j. em 26/04/2016. DJe-094, de 11 de maio de 2016.

<sup>19</sup> STF, *Habeas Corpus* nº 133.894-DF, Relator Ministro Dias Toffoli, j. em 26/04/2016. DJe-094, de 11 de maio de 2016.

Penal, por qual razão haveria de ser afastado o contraditório na hipótese do artigo 50 da Lei de Drogas?

Como visto, quando se tratar de prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto já lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 horas.

Ora, se o sujeito já está preso por força do flagrante, não está presente qualquer urgência ou perigo de execução da medida se a defesa, após a vista ao órgão do Ministério Público, também tiver chance de se manifestar em contraditório<sup>20</sup>. Se o juiz ainda não concedeu a liberdade ao flagrado, a participação defensiva pode ser essencial para a formação do convencimento final, na linha já exposta pela doutrina e pela jurisprudência citadas, pois é a dialética formada que melhor possibilita a tese que será acolhida.

De tal sorte que há plena possibilidade de coexistência e de convivência entre os dois dispositivos. Aliás, a disposição posterior complementa, sem qualquer risco, o conteúdo da lei especial. Como indicado na última decisão do Supremo Tribunal Federal aqui referida, se for caso urgência ou perigo de execução da medida devidamente justificados, decide-se sem contraditório; se tal não for, deve o contraditório ser respeitado, nos termos do Código de Processo Penal, que nada mais fez que regular, na esfera criminal, um princípio que possui assento na própria Constituição Federal.

Em síntese, verifica-se uma necessária adequação do artigo 50 da Lei de Drogas à nova realidade normativa presente no Código de Processo Penal. Isso deve ocorrer independentemente de aquele artigo se encontrar em uma lei considerada *especial*, se comparada ao Código de Processo Penal, identificado ou equiparado a uma lei ordinária. A adequação que aqui se prega decorre de um comando advindo da própria Constituição Federal, que viu naquele código o ambiente lógico em que deveria ser corretamente regulado o princípio do contraditório para toda e qualquer oportunidade em que o magistrado venha a exercer seu poder jurisdicional.

<sup>20</sup> Sobre a incidência do princípio do contraditório fora do processo de conhecimento de natureza condenatória, em especial, no auto de prisão em flagrante, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. A Atuação do Ministério Público Frente às Medidas Cautelares Pessoais. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 20, p. 209-225, 2013.

### 3. A audiência de custódia e sua aplicação ao procedimento da Lei de Drogas

Embora o Brasil houvesse ratificado o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Políticos e Civis no ano de 1992, quase duas décadas se passaram até que alguma iniciativa mais concreta se verificasse por parte do poder público, visando à efetiva implantação de um dos institutos mais polêmicos, dentre os constantes naqueles textos internacionais: a chamada *audiência de custódia*<sup>21</sup>. Em simples termos, ela nada mais é que a apresentação judicial, sem demora, de toda pessoa presa ou detida, a fim de que o Poder Judiciário possa realizar o controle sobre a prisão efetuada e averiguação da necessidade, ou não, da permanência de privação da liberdade da pessoa apresentada.

Apesar da existência de iniciativas isoladas<sup>22</sup>, somente em 2011 é que o Poder Legislativo deu início a uma verdadeira discussão sobre aquele instituto, com a proposição do Projeto de Lei do Senado nº 554. A partir de então, a discussão sobre sua aplicação, ou não, à praxe processual penal brasileira tomou conta dos meios judiciais e acadêmicos, a ponto de se verificar um verdadeiro racha em relação à prevalência ou superação das disposições do atual Código de Processo Penal sobre o procedimento a ser adotado quando da distribuição judicial do auto de prisão em flagrante.

O primeiro passo rumo a uma unificação de entendimentos foi dado pelo Conselho Nacional de Justiça, que, em convênio firmado com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo,

<sup>21</sup> Sobre o instituto da audiência de custódia, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

<sup>22</sup> Concretamente, referimo-nos aos intentos do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul e do Ministério Público Federal da Seção Judiciária do Ceará. Em relação ao primeiro, a Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, fazendo uso do Ofício-Circular nº 033/03-CGJ, de 02 de abril de 2003, dirigiu-se aos seus juízes para lembrá-los do teor do artigo 7, 5, 1ª parte, da CADH, que versa sobre a necessidade de apresentação judicial, sem demora, de toda pessoa presa ou detida. Em relação ao segundo, ajuizou ele, em 2010, ação civil pública ajuizada, tendo a União Federal como ré, postulando, entre outros pedidos, que o Diretor-Geral da Polícia Federal tomasse as necessárias providências para que aquela apresentação viesse a se efetivar (Processo nº 0014512-10.2010.4.05.8100, 3ª Vara Federal de Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará).

criou o projeto-piloto *audiência de custódia*, iniciado nesse Estado em fevereiro de 2015. Pouco a pouco, idêntico convênio foi sendo firmado com todos os Tribunais de Justiça do país, mas, ante o questionamento judicial feito perante o Supremo Tribunal Federal (ADPF 347), nossa Corte Constitucional deferiu a medida cautelar ali pleiteada, obrigando a implantação, por parte todos os juízes e Tribunais do país e no prazo de 90 dias, da audiência de custódia em suas circunscrições territoriais. Em razão dessa medida cautelar, foi dado o segundo passo na busca de uma implantação em nível nacional da audiência de custódia, originando, então, a Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça<sup>23</sup>.

Mesmo havendo nada menos que uma resolução do Conselho Nacional de Justiça e uma decisão do Supremo Tribunal Federal, que vinculam a todos os magistrados do país, é possível afirmar, sem qualquer medo de cometer algum tipo de exagero, que os mais diversos argumentos vêm sendo utilizados para evitar sua aplicabilidade de modo integral ou, como mínimo, em certos pontos que fortemente desagradam os juízes brasileiros.

Como justificativa para seu descumprimento integral, vemos a alegação de falta de estrutura para a realização da apresentação judicial da pessoa presa ou detida, algo que nunca foi obstáculo para que houvesse a apresentação de adolescente ao Ministério Público, quando apreendido em flagrante. Por outro lado, como justificativa para seu descumprimento parcial, vemos a colocação das pessoas presas ou detidas em presídios, antes mesmo do decreto de sua prisão preventiva (realidade do Rio Grande do Sul)<sup>24</sup>, ou negativa em comparecer onde a pessoa presa ou detida está hospitalizada, sob o argumento de que a resolução emitida pelo Conselho Nacional de Justiça não poderia se sobrepor à legislação vigente<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Sobre o tema, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (organizadores). **Audiência de Custódia. Comentários à Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

<sup>24</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. A Audiência de custódia na Concepção da Justiça Gaúcha análise da Resolução nº 1.087/2015 e das práticas estabelecidas. In. ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (organizadores). **Audiência de Custódia. Da Boa Intenção à Boa Técnica**. Porto Alegre: FMP, 2016, p. 228-233.

<sup>25</sup> Poder Judiciário do Rio Grande do Sul. Comarca de Porto Alegre. Auto de Prisão em Flagrante. Expediente nº 001/2.16.011072-8. Juiz de Direito Luciano André

Nessa linha, que busca desculpas para o não cumprimento das disposições dos textos internacionais referidos, bem como, da Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça, é possível antever a invocação da literalidade do que dispõe o artigo 50 da Lei de Drogas, quando estabelece que o Ministério Público tenha vista do auto de prisão em flagrante, no prazo de 24 horas. Ou seja, em razão do critério da especialidade, que motivou nossa Corte Constitucional a se posicionar pela manutenção do procedimento adotado pela Lei de Drogas, é possível vislumbrar que este mesmo argumento seja utilizado para a não realização daquele ato que, em nosso país, convencionou-se chamar de *audiência de custódia*, sobretudo ante a forte resistência encontrada no Poder Judiciário e Ministério Público. No entanto, caso tal argumento venha a ser invocado, mais uma mostra de desconhecimento de nossa realidade normativa estará sendo dada pelos detratores daquela apresentação judicial.

Em conhecida discussão ocorrida no Supremo Tribunal Federal, a posição que prevaleceu foi no sentido de reconhecer que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica possuem status de *norma supralegal* e *infraconstitucional*<sup>26</sup>. Dito de outra forma, o Brasil teria internalizado um instituto – leia-se, a audiência de custódia – por meio de um texto que, de acordo com o entendimento majoritário de nosso Tribunal Constitucional, por possuir status de norma *supralegal*, encontra-se em uma posição hierárquica inferior à Constituição Federal, mas superior às leis ordinárias<sup>27</sup>.

Losekann, decisão proferida em gabinete em data de 09 de fevereiro de 2016.

<sup>26</sup> Por ocasião do julgamento do RE 349703, decidiu-se que: “Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão” (STF, RE 349703/RJ, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008).

<sup>27</sup> Defendendo o *status* constitucional dos tratados ratificados pelo Brasil, encontramos: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 36. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 764.

Com isso, a aplicabilidade da audiência de custódia aos crimes previstos na Lei de Drogas é impositiva, bem como, também é impositiva a observância ao procedimento previsto para tal ato, regulado que está pela Resolução nº 213, de 2015, do Conselho Nacional de Justiça. Consequentemente, a possibilidade de manifestação no auto de prisão de prisão em flagrante, no que diz respeito aos crimes previstos na Lei de Drogas, não deve se restringir somente ao Ministério Público, tal como expressamente preceitua o seu artigo 50.

Enfim, em razão de o ato conhecimento como *audiência de custódia* dever estar permeado pelo princípio do contraditório<sup>28</sup>, a única e isolada manifestação do Ministério Público, em caráter prévio à análise judicial do auto de prisão em flagrante, caracterizar-se-ia em verdadeiro monólogo, o que somente se admite diante das hipóteses já referidas de exclusão do contraditório, consistentes na urgência e / ou perigo de ineficácia da medida.

#### 4. Conclusão

Nestes dez anos que marcam o tempo de existência da atual Lei de Drogas, nosso direito processual penal passou por nada menos que um turbilhão de reformas e intentos de alterações legislativas.

Somente em nosso Código de Processo Penal, mudanças profundas ocorreram em pontos cruciais que impactaram fortemente em uma legislação que prevê crimes cuja característica, em grande medida, é de se tornarem objeto de processos criminais somente em razão da prisão em flagrante de pessoas supostamente envolvidas em tais práticas. Neste sentido, vemos as alterações legislativas que atingiram os institutos da *prisão, liberdade provisória e cautelares pessoais*,

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 233-252. Ainda, defendendo a constitucionalização da audiência de custódia, em virtude de sua inserção dentre os elementos integrantes do que se compreende como *devido processo legal*, temos: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica**. Ob. cit., p. 72.

<sup>28</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. Ob. cit., p. 153-160. PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 31.



neles inserindo o contraditório prévio à decisão que se pronunciar sobre estes temas. Além disso, também tivemos o início das discussões envolvendo o instituto da audiência de custódia e sua paulatina implantação em âmbito nacional.

Essa mudança de mentalidade proposta pela inserção do princípio do contraditório em temas envolvendo a análise de medidas cautelares pessoais e a própria audiência de custódia impactou fortemente no artigo 50 da Lei de Drogas, que prevê um verdadeiro monólogo na relação juiz – Ministério Público, quando da análise do auto de prisão em flagrante relativo às condutas naquela lei tipificadas.

Mais que se pensar em uma mera interpretação adaptativa daquela norma às novas disposições do Código de Processo Penal e à inserção da audiência de custódia em nosso país, merece reflexão a necessidade de alteração legislativa pontual na referida lei.

Parece-nos que, só assim, terminantemente se impedirá a supremacia de interpretações desviantes dos valores presentes em nossa Constituição Federal e em textos internacionais protetivos dos direitos humanos. Do contrário, o discurso da *lex specialis* seguirá sendo usado como justificativa para a manutenção de tratamentos distintos conferidos a situações iguais, algo que já não tem mais cabida em um país que pretende ser reconhecido como *Estado Democrático de Direito*.

## Referências

ANDRADE, Mauro Fonseca. A Atuação do Ministério Público Frente às Medidas Cautelares Pessoais. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 20, p. 209-225, 2013.

ANDRADE, Mauro Fonseca. A Audiência de custódia na Concepção da Justiça Gaúcha análise da Resolução nº 1.087/2015 e das práticas estabelecidas. In. ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (organizadores). **Audiência de Custódia. Da Boa Intenção à Boa Técnica**. Porto Alegre: FMP, 2016, p. 221-246.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (organizadores). **Audiência de Custódia. Comentários à Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4ª ed. Salvador: Jus Podium, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

# Atuação do Supremo Tribunal Federal na Lei 11.343 entre 2006 e 2016:

Leituras constitucionais – entre o proibicionismo e os direitos fundamentais

26

*Andressa Paula de Andrade<sup>2</sup>*

“Cambia lo superficial  
Cambia también lo profundo  
Cambia el modo de pensar  
Cambia todo en este mundo...”  
*Julio Numhauser*

## 1. Introdução

A ideia aqui a ser trabalhada possui como objetivo primordial o diagnóstico da atuação da Suprema Corte brasileira em relação a Lei 11.343/2006. Passados dez anos do ingresso da referida normativa no

<sup>1</sup> **Nota ao leitor:** a data final de análise dos acórdãos da Suprema Corte findou no dia 03 de julho de 2016, data em que enviei a versão final aos organizadores da obra. Destarte, este recorte temporal deve ser levado em consideração, visto que a oscilação de entendimentos pode a qualquer tempo tonar sem efeito os acórdãos aqui expostos ou, quiçá, materializar as críticas alinhavadas. Também não pretendo seguir cronologicamente as decisões referentes à matéria, mas selecionar aquelas que considero de maior relevo para uma cognição do atual quadro clínico relativo ao poder punitivo em matéria de drogas. Trabalhar com jurisprudência é sempre uma tarefa árdua, sobretudo por sua caracterização no que tange o direito nacional, a dizer, sua considerável volatilidade. Associado a isso, a rápida – e por vezes desorganizada – atividade legislativa dos tempos correntes pode modificar significativamente os entendimentos proferidos em sede de controle judicial, demandando, assim novas interpretações.

<sup>2</sup> Advogada. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Membro do Núcleo de Estudos Penais (NEP/UEM) e do Núcleo de Estudos em Direito e Ambiente (NEAMBI/UEM). Membro do Grupo Modernas Tendências do Sistema Criminal (GMTSC/FAE).

Ordenamento Jurídico, verifica-se que de forma recorrente aquele Tribunal é consultado sobre a adequação entre o conteúdo legislativo e sua conformidade com o Texto Constitucional.

A Lei de Drogas em questão possui um fim político-criminal muito evidente, a saber, reprimir com veemência o que se encontra ali tipificado e complementado pela Portaria nº 344/1998 da *Agência de Vigilância Sanitária* (ANVISA). Remansoso se mostra o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que o bem jurídico tutelado pela Lei em questão seria a *saúde pública*, ainda que não se discuta de que maneira esse interesse coletivo é afetado pelas condutas incriminadas na referida lei penal especial.

De forma inequívoca esse microssistema punitivo se revela muito mais severo ao estruturar uma persecução penal, sanções e regimes de cumprimento de penas muito mais rígidos do que aqueles destinados aos demais tipos de delitos. Sem pretensões de esgotar a temática, mas de forma enunciativa é possível elencar diversos pontos que divisam os delitos previstos no artigo 33 a 37 da Lei 11.343/2006 daqueles de cunho comum, a saber, de natureza distinta daquelas condutas incriminadas na lei em comento. O primeiro exemplo é quanto ao prazo de conclusão do inquérito policial instaurado para a investigação preliminar das infrações penais previstas na legislação ora em exame. Consoante artigo 51 da Lei de Drogas (*lex specialis*), o tempo de conclusão da investigação preliminar será de 30 (trinta) dias se o indiciado estiver preso e de 90 (noventa) dias, quando solto. Já a disposição versada no artigo 10º do Código de Processo Penal (*lex generalis*) estabelece que o prazo para realização do procedimento policial será de 10 (dez) dias, se o indiciado se encontrar preso em flagrante delito, ou estiver preso preventivamente e de 30 (trinta) dias, quando estiver solto.

O segundo fato diferenciador e revelador da (maior) severidade de tratamento aos delitos de drogas está no prazo fixado para o oferecimento da denúncia. Diferentemente do CPP (artigo 46) que determina que é de 5 (cinco) dias o prazo para o Ministério Público oferecer a denúncia caso o indiciado esteja preso, e de 15 (quinze) dias, caso esteja solto, a Lei de Drogas possui o prazo único de 10 (dez) dias para que adote alguma das possibilidades previstas no artigo 54, não importando se o mesmo se encontra privado de liberdade ou não. Ainda, nesse mesmo sentido, uma vez oferecida a denúncia, o artigo 54, III da Lei 11.343/2006 possibilita que o órgão ministerial

arrole até 5 (cinco) testemunhas, distintamente do procedimento comum ordinário (artigo 401, CPP) que permite o arrolamento de até 8 (oito) testemunhas.

Ainda, há outro ponto construtivo de defesa na Lei 11.343/2006, materializado então especificamente no momento do interrogatório. No procedimento comum ordinário (artigo 400, *in fine*, CPP), o interrogatório será o último ato da audiência de instrução e julgamento. Porém, na Lei de Drogas (artigo 57), o interrogatório é o primeiro ato da audiência de instrução e julgamento. Isso repercute diretamente na construção da prova, especialmente se se compreende este ato como meio de prova ou de defesa ou até mesmo híbrido e aglutinador dessas duas características. No entanto, tal problemática será abordada em tópico adiante, especialmente sob a ótica dos posicionamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em seu tocante.

Por fim, mas não de forma exaustiva, outra preocupante diferença entre os crimes comuns e aqueles definidos na lei de drogas consiste na vedação de *fiança* e a *insuscetibilidade de graça* ou *anistia* ao delito de tráfico de entorpecentes e drogas afins, consoante disciplina o artigo 5º, XLIII, CF/88. Ainda, esse mesmo dispositivo legal sofre uma ampliação de medidas por meio do conteúdo normativo do artigo 44 da Lei de Drogas que prescreve: “os crimes previstos nos arts. 33, caput, §1º, e 34 a 37 desta Lei, são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”. Essa disposição jurídica tem sido objeto de diversas controvérsias – hermenêuticas e dogmáticas – no Supremo Tribunal Federal – inclusive com o reconhecimento da inconstitucionalidade parcial de seu texto, conforme se esclarecerá mais adiante.

Identificadas essas diferenciações de tratamento jurídico na Lei de Drogas, a qual se reputa como um microssistema punitivo de maior magnitude, adentrar-se-á a seguir, especificamente na interpretação e adequação realizada pelo Supremo Tribunal Federal em relação às controvérsias originárias da Lei que aqui se propõe averiguar.

## 2. Interpretação constitucional em matéria penal

A leitura de temas atuais e recorrentes que são caros ao meio social está visceralmente vinculada ao texto constitucional e à sua disciplina jurídica. No caso brasileiro, o protagonismo do Supremo Tribunal Federal como “guardião” da Constituição Federal, cuja

função principal é atuar como legislador negativo vocalizando o que de fato está em (des)harmonia com o texto maior, leva a duas frentes: uma correta hermenêutica<sup>3</sup> das disposições de direito e até mesmo a um decisionismo sem qualquer apego a fundamentação (artigo 93, inciso IX), recaindo em um *solipsismo*. Na medida do possível, o intérprete da norma deve se orientar pelas recomendações de neutralidade e objetividade<sup>4</sup>, despindo-se de elementos pessoais e parciais que possam comprometer o produto final hermenêutico.

Com a finalidade de se distanciar ao máximo de decisões ao sabor do intérprete, as Constituições após a Segunda Guerra Mundial buscaram albergar em seu bojo uma força normativa tal que possibilitasse a implementação de instrumentos que visem assegurar direitos da pessoa humana e a efetiva possibilidade de “lutar” por estes de maneira eficaz. Não se trata de enquadrar determinada realidade, mas com a força normativa é possível ordenar e disciplinar o meio social. A força normativa constitucional será tanto mais efetiva quanto mais

<sup>3</sup> “...a tarefa da hermenêutica constitucional consiste em desvendar o sentido mais profundo da Constituição pela captação de seu significado interno, da relação de suas partes entre si e mais latamente sua relação com o espírito da época, ou seja, a compreensão histórica de seu conteúdo, sua compreensão histórica de seu conteúdo, sua compreensão gramatical na sua relação com a linguagem e sua compreensão espiritual na sua relação com a visão total da época”. SILVA, José Afonso da. Interpretação da Constituição e Democracia. In: Fernando Luiz Ximenes Rocha e Filomeno Moraes. *Direito Constitucional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 441.

<sup>4</sup> Neste sentido confira a lição de Roberto Barroso: “Neutralidade é um conceito possivelmente mais complexo de se delinear do que o de objetividade. A objetividade busca uma razão científica de validade geral. A neutralidade se dilui em muitos aspectos diferentes. Alguns deles não são de difícil implementação, como a *imparcialidade* – ausência de interesse imediato na questão – e a *impessoalidade* – atuação pelo bem comum, e não para o favorecimento de alguém. Basta seriedade e vontade de fazer bem feito para atender a tais imperativos. Mas a neutralidade pressupõe algo impossível: que o intérprete seja indiferente ao produto do seu trabalho. É claro que há uma infundável quantidade de casos decididos pelo Judiciário que não mobilizam o juiz em nenhum sentido que não o de burocraticamente cumprir seu dever. Outros tantos casos, porém, envolvem a escolha de valores e alternativas possíveis. E aí, mesmo quando não milite em favor do próprio interesse, o intérprete estará sempre promovendo as suas próprias crenças, a sua visão de mundo, o seu senso de justiça.” BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 256-257.

ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição<sup>5</sup>. Ao Direito Constitucional compete delinear quais as condições que as normas constitucionais podem adquirir maior eficácia, preservando a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)<sup>6</sup>.

Outrossim, essa ruptura constitucional iminente, pode redundar muito mais em violação de direitos fundamentais do que uma proteção efetiva por meio da norma penal. Portanto, a missão do Direito Penal está em conciliar os direitos fundamentais e outros bens jurídicos que são dependentes a liberdade e a igualdade, prezando a eficácia e a possível violação de direitos fundamentais do réu<sup>7</sup>.

Insta consignar que os valores constitucionais perante os microssistemas penais podem ser pulverizados tanto na *via legislativa* quanto na *via jurisdicional*, cuja compreensão transcende a atividade do magistrado enquanto aplicador da lei para por vezes estender-se mais especialmente à Corte Constitucional<sup>8</sup>.

Apesar da rigidez dos preceitos constitucionais<sup>9</sup>, não resta dúvida de que diante de um poder legislativo que atua de maneira a privilegiar determinados grupos de interesses que nem sempre representam

<sup>5</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die normative kraft der verfassung)*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 24.

<sup>6</sup> Idem, p. 27.

<sup>7</sup> MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: Iustel, 2011, p. 65.

<sup>8</sup> Cf. PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Trad. Géron Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 30 e ss.

<sup>9</sup> De forma contrária, Díez Ripollés resalta que essa rigidez constitucional não se mostra adequada para a legislação criminal, eis que poderia comprometer a própria evolução social e, conseqüentemente, o desenvolvimento da ciência penal. Vide: “...as teses constitucionalistas ignoram a complexidade e a mutabilidade das atuais sociedades, bem como a pluralidade de frentes sociais a que deve atender, dados que não podem passar despercebidos quando se parte de um escrupuloso respeito aos princípios de lesividade, essencialidade ou fragmentariedade, e subsidiariedade do Direito Penal. Propõem um modelo rígido de sociedade, escassamente dinâmico ou submetido ao arbítrio das interpretações judiciais, numa nova versão do fenômeno da judicialização já estudado em outro lugar. A escassa, e sempre perigosa, margem autonomia outorgada ao legislador ordinário constitui um freio à acomodação do subsistema de controle social penal à evolução das necessidades coletivas e à consideração de modificações valorativas importantes que vão acontecendo no seio da sociedade, ante as quais a Constituição se converter em grande parte, através de sua superinterpretação, em um obstáculo”. Díez Ripollés, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005, p. 193.

os interesses sociais a que se presta o plexo normativo da Lei maior, bem como, atuando de maneira a arrefecer o 'psiquismo coletivo' tão dependente do Direito Penal como panaceia de todos os males sociais, clamando por uma maior severidade – ou seria seriedade? – da legislação criminal sem maiores diálogos sobre a raiz do problema, a necessidade de estabelecer um mínimo de controle prévio (fase de confecção da norma penal) ou *a posteriori* (via judicial concentrada ou difusa) se faz urgente.

Importa esclarecer que não se apregoa aqui que o Direito Penal deve assumir uma feição estática e vinculante *in totum* diante do poder constituinte originário. O que se busca com a relação entre Direito Penal e Constituição é que àquele não se distancie das mais basilares regulamentações propostas por essa, promovendo, a partir de então o exercício de regras de relevante conteúdo histórico, jurídico e social, a exemplo, pois do princípio da legalidade dos delitos e das penas, da proporcionalidade e a vedação constitucional às penas cruéis e degradantes. Assim, o respeito da disciplina jurídico-penal aos cânones constitucionais simboliza a impossibilidade do retrocesso em matéria de direitos fundamentais ou o denominado efeito *Cliquet*<sup>10</sup>, apto a funcionar como barreira intransponível para a atividade do Direito Penal<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Oportuna a lição de Ingo Wolfgang Sarlet: "...verifica-se que a proibição do retrocesso, mesmo na acepção mais estrita aqui enfocada, também resulta diretamente do princípio da maximização da eficácia de (todas) as normas de direitos fundamentais. Por via de consequência, o artigo 5º, §1º, da nossa Constituição, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (em combinação com o artigo 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais às emendas constitucionais), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais (já que medidas administrativas e decisões jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção de confiança), que, portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais (inclusive e, no âmbito da temática versada, de modo particular os direitos sociais) não pode – em qualquer hipótese – suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade". SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 466.

<sup>11</sup> Cumpre também mencionar a necessidade de respeito ao princípio da *reserva de código*. Como bem lembra Mariângela Gama de Magalhães, uma vez colocado o código como cerne da legislação criminal, este poderia evitar possíveis confrontos entre normas incriminadoras, uma legislação mais clara, um quadro de

Conscientes do protagonismo constitucional, especialmente em uma sociedade de intensas desigualdades, leis ordinárias que se desviam de preceitos basilares constitucionais e servem a fins sociais analgésicos, a ideia de compreensão da Lei 11.343/2006 à luz das interpretações proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nestes últimos 10 anos de produção de efeitos da mesma contribuirá para o diagnóstico atual em matéria de drogas, além de apontar possíveis caminhos a serem percorridos.

### 3. Persecução penal

Em linhas gerais, nas colocações anteriores se mostrou a imperiosa necessidade de que o legislador ordinário, principalmente em matéria penal se apegue aos preceitos constitucionais de modo a racionalizar sua atividade regulamentadora que por vezes carece de qualquer técnica jurídica, bem como, ineficaz ou até mesmo cruel ao impor aos réus do processo penal um verdadeiro arrocho de seus instrumentos de defesa somado à aplicação de penas elevadas, cuja dosimetria no mais se afigura desrespeitosa ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das sanções penais.

#### 3.1. Crime permanente versus inviolabilidade domiciliar: aportes ao RE nº. 603.616

Para uma compreensão global do problema que aqui se levanta é oportuno trazer a ementa do RE, muito embora se recomende a leitura da íntegra do acórdão:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada

penas proporcional, entre outros. Em suma, possibilita uma construção científica do Direito. Cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 156 e ss.

por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE 603616, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016)

Em discussão está a possibilidade de ingresso na residência sem mandado judicial vez que o artigo 33 da Lei 11.343/2006 seria de natureza permanente, mitigando o direito fundamental a inviolabilidade domiciliar. Entretanto, esta diligência estaria sujeita ao controle judicial *a posteriori*,

isto é, haveria uma valoração e controle de modo a verificar se a medida ocorreu de maneira arbitrária, conclusão essa que uma vez confirmada resultaria na nulidade do ato e a consequente responsabilização do agente.

Aqui se abre um leque ao que a doutrina vem denominando de delitos de posse. Tais categorias delitivas podem ser verificadas a partir da incriminação de ‘condutas’ a exemplo de “ter em depósito” e “guardar” como prescreve o tipo penal do artigo 33 da Lei de Drogas. Evidente se mostra que essas figuras típicas repercutem na consolidação de um prevenicionismo extremado, isto é, a antecipação da incriminação sem uma correspondente e justificante afetação ao bem jurídico tutelado pela norma penal. No tocante ao interesse supostamente protegido com essa classe de incriminações, a doutrina majoritária aponta a *saúde pública* como objeto jurídico tutelado, malgrado haja vozes dissonantes com fundamentação bastante eloquente<sup>12</sup> – onde a “*guerra às drogas*” se orienta pela priorização da segurança e inocuidade<sup>13</sup> do sujeito, renegando que a intervenção penal deve ser conduzida e defendida como *ultima ratio legis*.

Com o movimento de expansão do Direito Penal e a guinada de paradigma onde a regra se tornou a *prevenção* muito antes da lesividade de fato, os *delitos de posse* passaram a ser uma constante, ainda que não se perquiria acerca de suas principais consequências para os desarranjos dogmáticos. Dentre um desses possíveis desajustes sistemáticos se encontra a difícil adequação dessas incriminações ao inafastável conceito de conduta<sup>14</sup> que sempre foi o objeto central da Dogmática

<sup>12</sup> Sobre falsos bens jurídicos e esse choque entre missão e resultados, recomenda-se vivamente o seguinte artigo: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. In: PALITOT BRAGA, Romuldo Rhemo; MARTÍNEZ GUERRA, Amparo. III Encontro de internacionalização do Conpedi – Direito Penal, Criminologia e Seguridade Pública. Madrid: Ediciones Laborum, 2015.

<sup>13</sup> Cf. PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Los delitos de posesión y los delitos de status: una aproximación político-criminal y dogmática*. Barcelona: Atelier, 2005, p. 24.

<sup>14</sup> Paulo César Busato a partir do conceito significativo de ação ressalta a dificuldade em se perquirir a instância interna do sujeito para definir a ação provoca demasiada confusão. Outrossim, assinala que *possuir* não é ação, mas somente um fato. Vide BUSATO, Paulo César. Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el civil law y el common law en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher. *Revista Penal*, Valencia, n. 35, ene. 2015. p. 19 e ss.

Penal, sob o qual repousa – inclusive – as estruturas de imputação que fundamentam ou não a imposição de uma sanção penal.

O recurso a assertiva de que os verbos reitores descritos no artigo 33 da Lei 11.343/2006 são de *natureza permanente*, ainda que não se encontre um conceito firme na doutrina e na jurisprudência do que seria a referida *permanência delitiva*<sup>15</sup>, permite uma facilitação da persecução penal – ainda que haja esse controle judicial *a posteriori* – onde literalmente a intuição<sup>16</sup> conduzirá a possibilidade de ingresso no domicílio de alguém suspeito.

Em resumo, o Recurso Extraordinário apenas oferece ‘carta branca’ para o ingresso em domicílio das pessoas em que se suspeita em *permanência delitiva*. Afirmar que haverá controle judicial posterior às atividades do agente que adentraram domicílios não disse nada além do que já é – ou ao menos deveria ser – feito. O cerne da questão não restou massageado, a saber, todos os verbos nucleares do artigo 33 da Lei 11.343/2006 são de natureza permanente? Mais ainda: o que é delito permanente a permitir a mitigação do direito fundamental a inviolabilidade domiciliar?

A conclusão a que chegou o STF – que não foi unânime e é necessário render homenagens ao Ministro Marco Aurélio que resistiu bravamente ao esvaziamento do direito fundamental a inviolabilidade domiciliar – é simples (para não dizer reducionista): *na dúvida, ‘meta o pé na porta’ sem o mandado judicial a qualquer período do dia ou da noite!*

<sup>15</sup> Ebehard Struensee afirma que a afirmação dos delitos de posse que denotam qualquer expressão de atividade e somado a ideia de crime permanente para a compreensão dessa classe delitiva como ‘estado de situação’ ou ‘conduta’ é extremamente supérfluo, vez que ausente qualquer cientificismo no conceito de delito permanente, o que conduz a atropelos legislativos. Cf. STRUENSEE, Eberhard. Os crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, jan./abr. 2013, p. 56-69.

<sup>16</sup> A frase do Ministro Marco Aurélio (vencido na tese e no mérito) que consta do acórdão (página 3) do julgamento do RE 603.616 explicita exatamente nossa preocupação: “Agora, receio muito, Presidente, que, a partir de simples suposição – e de bem-intencionados o Brasil está cheio –, coloque-se, em segundo plano, uma garantia constitucional, que é a inviolabilidade do domicílio. O próprio juiz só pode determinar a busca e apreensão durante o dia, mas o policial, então, pode, a partir de capacidade intuitiva, a partir de uma indicação, ao invés de recorrer à autoridade judiciária, simplesmente arrombar a casa, entrar na casa e, então, fazer busca e apreensão e verificar se há, ou não, o tóxico? Creio que estaremos esvaziando a garantia constitucional prevista no inciso XI do artigo 5º da Carta”.

### 3.2. Liberdade provisória e sua possibilidade: reconhecimento incidental da inconstitucionalidade (HC nº. 104.339) do termo “liberdade provisória” do artigo 44 da Lei 11.343/2006

A polêmica agora examinada se instala a partir do texto do artigo 44, *caput*, da Lei 11.343/2006. Vide:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1o, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

No julgamento do HC 104.339, cujo Relator foi o Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal (por maioria), declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão “liberdade provisória” do referido dispositivo. O ponto nevrálgico era a compatibilização dessa norma com o artigo 5º, inciso XLIII e LXVI da Constituição Federal. Como a Lei Maior veda a concessão de fiança ao delito de tráfico de drogas, restava compreender se tal óbice se estendia a cautelar liberatória *in totum*, vez que é possível a liberdade provisória com ou sem fiança<sup>17</sup>. Ademais, já na ADI 3112 o STF havia reconhecido a inconstitucionalidade da prisão *ex lege* ao apreciar a vedação de liberdade provisória prevista no artigo 21 da Lei 10.826/2003 o que não seria coerente se houvesse a compreensão de que o termo ‘liberdade provisória’ do artigo 44 da Lei de Drogas era dotado de constitucionalidade.

Importante colocar que a edição da Lei 11.343/2006 ao vedar a concessão da cautelar o fez, a partir de uma leitura extremada do dispositivo constitucional do art. 5º LXVI da CF/88 que estabelece

<sup>17</sup> “Fiança, para o legislador processual penal, é uma garantia real, ou caução. É uma contracautela com o objetivo de deixar o indiciado ou réu em liberdade, mediante uma caução que consiste em depósito em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou até mesmo em hipoteca inscrita em primeiro lugar. Prestada a caução, o indiciado ou réu obterá a sua liberdade provisória, até o pronunciamento final da causa, em decisão passada em julgado”. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 687.

que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. O legislador ordinário parece ter desconsiderado que no rol dos direitos fundamentais, a prisão será autorizada apenas quando configurado o flagrante delito ou por ordem judicial escrita e sobejamente fundamentada. Isto é, exige-se que se busque uma fundamentação em conformidade com o artigo 93, IX, CF/88 e artigo 312 do Código de Processo Penal, além do lúdimo respeito ao princípio constitucional da *presunção de inocência*. Assim, haveria a materialização de que a regra é a liberdade e a prisão a exceção, não transformando as medidas cautelares constritivas da liberdade em verdadeira “*prisão sanção*” que é reservada ao produto final dos processos penais que resultem em condenação.

A leitura constitucional realizada pelo Supremo Tribunal Federal consigna mais um passo na compreensão de que o poder punitivo a serviço da “*guerra às drogas*” carrega consigo um *status* irrefreável de expansão do poder punitivo, ainda que o constituinte originário ao conferir tratamento mais severo aos delitos hediondos e equiparados tenha se inspirado no repudiável movimento de ‘*Lei e Ordem*’<sup>18</sup>. Entretanto, a despeito dessa política criminal que

<sup>18</sup> Este é o entendimento da doutrina: “O legislador constituinte restringiu, no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, direitos e garantias do cidadão ao estatuir que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que podendo evita-los, se omitirem. É evidente que a tipologia inserida no referido inciso tinha um significado especial: não era constituída de figuras criminosas reunidas ao acaso; havia, entre elas, uma indisfarçável simetria. A tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes hediondos, de acordo com a aferição do legislador constituinte, representavam lesões graves a bens jurídicos de inquestionável dignidade penal e que estavam necessitados da tutela penal. Mas, além disso, era detectável nas condutas incriminadas uma flagrante equivalência sob o ângulo da danosidade social. Bem por isso, para situações fáticas de igual nível, foram adotadas as mesmas restrições: proibiu-se o reconhecimento de determinadas causas extintivas de punibilidade (anistia e graça) e excluiu-se a garantia da liberdade com fiança. E tal era a relevância emprestada ao elenco de fatos delituosos que o legislador ordinário foi praticamente instado a formular as hipóteses do terrorismo, da tortura e de crimes hediondos, até então não estruturadas tipicamente e a dar um tratamento adequado à hipótese de tráfico ilícito de

motivou os dispositivos constitucionais caberá ao legislador infra-constitucional atuar de maneira diligente na missão da lei penal, bem como, priorizar a intervenção mínima do direito punitivo, evitando assim a violação de direitos fundamentais caros aqueles que eventualmente venham a delinquir.

### 3.3. Momento do interrogatório do réu: controvérsias não sanadas

Outro ponto controvertido que paira sobre a Lei de Drogas diz respeito ao momento do interrogatório. Preconiza a Lei Especial que o interrogatório será o primeiro ato da audiência da instrução e julgamento (artigo 57). Com a reforma promovida pela Lei 11.719/2008 no Código de Processo Penal, houve a introdução do artigo 394, §4º que assim preconiza:

Art. 394. O procedimento será comum ou especial.

[...]

§ 4º As disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Eis a celeuma instalada: de um lado temos uma Lei Especial e de outro temos uma Lei Geral posterior, no entanto, muito mais benéfica ao réu. Aqui paira um conflito entre o *critério de especialidade* e o *cronológico* de solução de antinomia de normas jurídicas, eis que a norma anterior-especial é incompatível com a uma norma geral. Se se leva em consideração os critérios propostos por Norberto Bobbio em sua obra Teoria do Ordenamento Jurídico<sup>19</sup> chegar-se-ia

entorpecentes e de drogas afins já composta, de forma indireta, na Lei 6.368/76, anterior à Constituição Federal. O reconhecimento constitucional da categoria do crime hediondo exige, no entanto, que se procure identificar, do modo mais transparente possível, o componente político-criminal que lhe deu força motriz. E não é necessário nenhum voo livre, nem recurso imaginativo, nem ainda expediente mais sofisticado para que se descubra a corrente político-criminal denominada “Movimento da Lei e da Ordem (*Law and Order*) como suporte do texto constitucional”. FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 139-140.

<sup>19</sup> “O conflito entre critério de especialidade e o cronológico: esse conflito tem lugar quando uma norma anterior-especial é incompatível com uma norma posterior-geral.



a conclusão de que deveria prevalecer o comando da Lei Especial. Todavia, o referido autor chama a atenção de que tal resolução deve ser vista com 'cautela' sem verticalizar o problema. Cabe, portanto, aprofundar a questão para concluir que deve prevalecer a norma geral contida no Código de Processo Penal.

A ideia de prevalecer a norma geral posterior em matéria processual penal é sua ampliação constitucional ao direito à *ampla defesa* (art. 5º, LV). Mister se faz atualizar a compreensão do interrogatório dentro da persecução penal, lendo-o de maneira híbrida, isto é, como meio de prova (objeto da prova), mas também como meio de defesa<sup>20</sup> ao reconhecer que o modelo acusatório é o que deveria ser a regra dentro de um Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Importante esclarecer que o Supremo Tribunal Federal possui uma jurisprudência oscilante nesse ponto, mas já é possível conhecer os caminhos a serem percorridos. No julgamento AP 528 AgR ficou estabelecido que o interrogatório no rito da Lei 8.038/1990 (artigo 7º) será o último ato da instrução, eis que depois de ouvidas as testemunhas arroladas, bem como a produção de demais provas, o acusado poderá esclarecer contradições e divergências que permaneçam no conjunto fático-probatório<sup>21</sup> o que só é possível, pois se o interrogatório ocorrer na forma disciplinada pelo Código de Processo Penal.

---

Tem-se conflito porque, aplicando o critério de especialidade, dá-se preponderância à primeira norma, aplicando o critério cronológico, dá-se prevalência à segunda. Também aqui foi transmitida uma regra geral, que soa assim: *Lex posterior generalis non derogat priori specialis*. Com base nessa regra, o conflito entre critério de especialidade e critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro: a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente. O que leva a uma posterior exceção ao princípio *lex posterior derogat priori*: esse princípio falha, não só quando a *lex posterior é inferior*, mas também quando é *generalis* (e a *lex prior é specialis*). Essa regra, por outro lado, deve ser tomada com uma certa cautela e, tem um valor menos decisivo que o da regra anterior. Dir-se-ia que a *lex specialis* é menos forte que a *lex superior*, e que, portanto, a sua vitória sobre a *lex posterior* é mais constatada. Para fazer afirmações mais precisas nesse campo, seria necessário dispor de uma ampla casuística". BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1995, p. 108.

<sup>20</sup> Cf. PACHELLI, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 380; Tourinho Filho, Fernando da Costa., *Op. cit.*, p. 575.

<sup>21</sup> Vide: AP 528 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2011, DJe-109 DIVULG 07-06-2011 PUBLIC 08-06-2011 EMENT VOL-02539-01 PP-00001 RT v. 100, n. 910, 2011, p. 348-354 RJSP v. 59, n. 404, 2011, p. 199-206

Importa destacar que no Código de Processo Penal Militar (artigo 302) o interrogatório também é previsto como primeiro ato da instrução criminal. Recentemente, mais especificamente em 03 de março de 2016, no julgamento do HC 127.900<sup>22</sup>, o plenário do Tribunal compreendeu que a aplicação do artigo 400 do Código de Processo Penal que coloca o interrogatório como último ato também deveria ser aplicado no âmbito da justiça castrense.

A recente decisão do STF somada aos precedentes dos demais ritos especiais – mormente aqueles nos quais a Suprema Corte entendeu por bem aplicar a norma geral em detrimento da norma especial – conduz à conclusão de que, talvez em um curto espaço de tempo o Tribunal produza uma jurisprudência alvissareira e consolidada para que o artigo 400 do Código de Processo Penal seja alargado para a matéria de drogas. No entanto, imprescindível se faz uma

---

<sup>22</sup> “A exigência de realização do interrogatório ao final da instrução criminal, conforme o art. 400 do CPP, é aplicável no âmbito de processo penal militar. Essa a conclusão do Plenário, que denegou a ordem em “habeas corpus” no qual pleiteada a incompetência da justiça castrense para processar e julgar os pacientes, lá condenados por força de apelação. A defesa sustentava que eles não mais ostentariam a condição de militares e, portanto, deveriam se submeter à justiça penal comum. Subsidiariamente, alegava que o interrogatório realizado seria nulo, pois não observado o art. 400 do CPP, na redação dada pela Lei 11.719/2008, mas sim o art. 302 do CPPM. No que se refere à questão da competência, o Colegiado assinalou que se trataria, na época do fato, de soldados da ativa. De acordo com o art. 124 da CF e com o art. 9º, I, “b”, do CPM, a competência seria, de fato, da justiça militar. Por outro lado, o Tribunal entendeu ser mais condizente com o contraditório e a ampla defesa a aplicabilidade da nova redação do art. 400 do CPP ao processo penal militar. Precedentes com o mesmo fundamento apontam a incidência de dispositivos do CPP, quando mais favoráveis ao réu, no que diz respeito ao rito da Lei 8.038/1990. Além disso, na prática, a justiça militar já opera de acordo com o art. 400 do CPP. O mesmo também pode ser dito a respeito da justiça eleitoral. Entretanto, o Plenário ponderou ser mais recomendável frisar que a aplicação do art. 400 do CPP no âmbito da justiça castrense não incide para os casos em que já houvera interrogatório. Assim, para evitar possível quadro de instabilidade e revisão de casos julgados conforme regra estabelecida de acordo com o princípio da especialidade, a tese ora fixada deveria ser observada a partir da data de publicação da ata do julgamento. O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, também denegou a ordem, mas ao fundamento de que a regra geral estabelecida no CPP não incidiria no processo penal militar. A aplicação subsidiária das regras contidas no CPP ao CPPM somente seria admissível na hipótese de lacuna deste diploma, e o CPPM apenas afasta a aplicação das regras nele contidas se houvesse tratado ou convenção a prever de forma diversa, o que não seria o caso. (STF. Plenário. HC 127900/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 3/3/2016 (Info 816).

espera cética e desde logo crítica antes de qualquer expectativa nesse sentido. Em uma pesquisa no portal oficial do STF (<http://www.stf.jus.br>) é possível encontrar precedentes favoráveis a aplicação do regramento do Código de Processo Penal<sup>23</sup> e outros que defendem o rito próprio da Lei de Drogas<sup>24</sup> encartado nos artigos 54 a 59 da *lex specialis*, máxime quando o assunto é o momento do interrogatório. Conquanto haja desentendimentos nesse setor, a fim de se buscar um comportamento coerente é possível crer que a mitigação do artigo 57 da Lei 11.343/2006 é o mais adequado.

## 4. Da pena e seu cumprimento

A abordagem deste tópico se centrará na aplicação da pena e na execução da mesma sob a ótica da Corte Constitucional, erigindo-se determinados e importantes temas do microsistema punitivo de drogas que passaram por uma leitura à luz da Constituição Federal.

### 4.1. Regime integralmente fechado e progressão de regime

Impõe-se recordar que o legislador constitucional e infra-constitucional decidiu equiparar o delito de tráfico de drogas aos delitos *hediondos* e a partir de então conferir-lhe análogo tratamento jurídico, a saber, disciplinando-o mais severamente desde o ponto de vista repressivo.

Em fevereiro de 2006 o Supremo Tribunal Federal por meio do HC 82.959<sup>25</sup> considerou inconstitucional a redação original do artigo 2º, §1º da Lei 8.072/90 que assim preconizava:

<sup>23</sup> Consulte: ARE 823822 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 12/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 29-08-2014 PUBLIC 01-09-2014.

<sup>24</sup> Vide os seguintes julgados: HC 125094 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 03-03-2015 PUBLIC 04-03-2015; HC 122229, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-104 DIVULG 29-05-2014 PUBLIC 30-05-2014;

<sup>25</sup> PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS -

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...)

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

A razão da alegação se centra no desrespeito daquela normativa ao princípio da individualização das penas (artigo 5º, XLVI), com problemáticos reflexos *in casu* para os efeitos de ressocialização do apenado, posto o impedimento à época de sua vigência da progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, e, portanto, também do delito de tráfico de drogas. Não obstante essa postura adotada, o Congresso Nacional promoveu reforma no dispositivo legal por intermédio da Lei 11.464/2007 para que o mesmo passasse a conter o seguinte teor:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...)

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

Novamente o Supremo Tribunal Federal foi chamado para averiguar a constitucionalidade do dispositivo e através do HC 111.840<sup>26</sup> confirmou *incidentalmente* que o vício de inconstitucio-

---

REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. **Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.** (HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795)

<sup>26</sup> Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumpri-

nalidade permanecia, vez que presente o desrespeito ao princípio da individualização da pena. O óbice aos crimes hediondos e equiparados é a inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça e anistia e, portanto, não poderia o legislador infraconstitucional atuar gravosamente para além desse limitativo, determinando qual seria o regime de cumprimento da pena. Tal norma comprometia a aplicação do regime de cumprimento da pena que deverá observar o artigo 33 do Código Penal.

Importante lembrar que a fixação da pena no delito de tráfico de drogas possui uma dosimetria da pena (critério trifásico ou método Nelson Hungria) um pouco distinta, eis que a Lei Especial prevê elementos preponderantes a serem levados em consideração. Isto é, o artigo 42 da Lei 11.343/2006 estabelece o seguinte:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a **natureza** e a **quantidade da substância** ou do **produto**, a **personalidade** e a **conduta social do agente** (grifou-se).

mento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. **Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.** (HC 111840, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013).

Destarte, adverte-se que o magistrado deve atender este comando na pena-base na análise das circunstâncias judiciais, na sequência as agravantes e atenuantes e, finalmente, as causas de aumento e diminuição da pena que poderão ser gerais ou especiais. Quanto às especiais, há a possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena se se tratar no caso particular do denominado *tráfico privilegiado* (33, §4º). Já a disciplina acerca das causas de aumento de pena especiais fica a cargo do artigo 40 da Lei 11.343/2006.

Quanto ao produto final da dosimetria da pena haverá a necessidade de decisão fundamentada quanto ao regime de cumprimento de pena. As decisões do STF retro mencionadas vem a otimizar a atividade do magistrado que a par do conjunto fático-probatório e do *quantum* sancionatório, decidirá observando o artigo 93, IX, CF/88 entre os regimes disponíveis, não se olvidando da possibilidade de conversão das penas privativas de liberdade em penas restritivas de direito como se verá a seguir.

#### 4.2. Conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos

Prosseguindo na avaliação da atuação da Suprema Corte em tema de drogas, no julgamento do *Habeas Corpus* 97.256 foi apreciada a vedação da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos prevista na Lei 11.343/2006. Assim, o pleno do STF compreendeu que a expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos” contida no §4º do artigo 33 e no artigo 44 da Lei de Drogas era inconstitucional<sup>27</sup>.

Mais uma vez foi levantado violações ao princípio da individualização da pena. A vedação *ex lege* da impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos retiraria do magistrado a possibilidade de aplicar a pena em conformidade com os elementos empíricos carreados nos Autos de Ação Penal Pública. As penas restritivas de direitos buscam uma solução humana e realista<sup>28</sup> ao grave problema prisional que assola o Estado do brasileiro e outros de seme-

<sup>27</sup> HC 97256, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00113 RTJ VOL-00220-01 PP-00402 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 279-333.

<sup>28</sup> Consulte BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: RT, 1993, p. 264.

lhante realidade cultural. Neste sentido, não haveria um balanceamento escoreito entre uma pena de curta duração e o modo executório se permanecesse a obrigatoriedade da sempre aplicação da pena privativa de liberdade independente do montante sancionatório a ser cumprido.

Revela-se coerente a referida decisão com um Direito Penal de matiz constitucional que compreende que a pena não se destina a anular o sujeito como outrora já foi propagado largamente nos sistemas penais rudimentares e em regimes totalitários. A releitura da pena no modelo de Estado proposto pela Constituição Federal de 1988 não é apenas um castigo, mas se limita pela dignidade humana; a individualização da pena que requer elementos empíricos na sua aplicação e da humanidade das penas<sup>29</sup>.

Lembrando que a decisão proferida no HC 97.256 foi realizada no controle *difuso* e sem efeito *erga omnes*. Com base nessa decisão o Senado Federal<sup>30</sup> fez uso do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, editando a Resolução nº 5/2012 para suspender a execução dos dispositivos impeditivos da conversão da pena em restritivas de Direito, conferindo, portanto, eficácia ampla a decisão da Suprema Corte.

#### 4.3. Tráfico privilegiado e incompatibilidade com a natureza hedionda: HC nº. 118.533

No julgamento do HC 118.533 no dia 23 de junho de 2016, Rel. Ministra Cármen Lúcia, o cerne da discussão foi o tratamento

<sup>29</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. La problemática de las medidas substitutivas y alternativas. In: BAIGÚN, David. *De las penas: homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*. Buenos Aires: DePalma, 1997, p. 91-97.

<sup>30</sup> Vide a segunda crítica que acaba mitigando essa atividade do Senado Federal: “É certo que a admissão da pronúncia de inconstitucionalidade com efeito limitado no controle incidental ou difuso (declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex nunc*), cuja necessidade já vem sendo reconhecida no âmbito do STF, parece debilitar, fortemente, a intervenção do Senado Federal – pelo menos aquela de conotação substantiva. É que a “decisão de calibragem” tomada pelo Tribunal parece avançar também sobre a atividade inicial da Alta Casa do Congresso. Não resta dúvida de que o Tribunal assume aqui posição que parte da doutrina atribuiu, anteriormente, ao Senado Federal. Em outros termos, se o STF declara, em caráter incidental, a inconstitucionalidade de norma em dado processo e, ao mesmo tempo, afirma que aquela decisão repercutirá ou será aplicada de determinada forma em outras situações, está a reconhecer a eficácia transcendente de sua decisão independentemente de intervenção do Senado”. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1134.

conferido ao denominado tráfico privilegiado previsto no artigo 33, §4º da Lei de Drogas. Naquela apreciação, a compreensão da corte esteve adstrita a verificar se a figura penal se adequa ou não ao tratamento dos delitos hediondos e equiparados.

Pendente de publicação o inteiro teor do acórdão<sup>31</sup>, mas tendo acesso a alguns votos dos ministros é possível compreender as razões do resultado atingido. Lista-se alguns argumentos constantes no voto-vista do Ministro Edson Fachin: a) o rol de delitos hediondos e equiparados da Lei 8.072/90 não admite analogia; b) o artigo 44 da Lei de Drogas defere tratamento mais severo aos arts. 33, *caput* e §1º, e 34 a 37; c) o critério da proporcionalidade não se trata apenas de embasar a política-criminal, mas também o controle judicial sobre o legislador; d) se aplicada a minorante do art. 33, §4º em grau máximo o resultado seria uma pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, não ultrapassando o patamar estabelecido como marco definidor de infrações de menor potencial ofensivo, caracterizadas pela pena máxima não superior a 02 (dois) anos (art. 61, Lei 9.099/95); g) salvo motivação idônea – em conformidade com as súmulas 718 e 719, STF – o regime de cumprimento de pena do tráfico privilegiado seria o *aberto*; f) o delito de associação para o tráfico (art. 35) não possui natureza hedionda, o que redundaria em tratamento mais severo ao traficante ocasional (art. 33, §4º) do que aquele que se associa de forma estável para traficar, etc.

Já o Ministro Lewandowski trouxe ao seu voto os seguintes elementos: a) na Medida Cautelar na ADPF 347, a corte compreendeu que o sistema penitenciário nacional vive um verdadeiro “estado de coisas inconstitucional”; b) colaciona dados do INFOPEN do Ministério da Justiça de 2014 onde se levantou que das 622.202 encarceradas, 28% (precisamente 174.216 presos) eram condenados na Lei de Drogas; c) quanto ao gênero, os dados apurados pelo INFOPEN dão conta de que 68%<sup>32</sup> das mulheres foram presas por conta do microsistema

<sup>31</sup> Consta apenas do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal a decisão de julgamento: “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, concedeu a ordem para afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas, vencidos os Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Marco Aurélio. Reajustaram os votos os Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki e Rosa Weber. Ausente, nesta assentada, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 23.06.2016”.

<sup>32</sup> Vide: <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil>.

punitivo de drogas; d) em virtude do desemprego estrutural e a precarização das relações de trabalho, leva à inserção de jovens e mulheres nessa prática delituosa; e) desse contingente prisional, cerca de 45% teve o reconhecimento do art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006. Assim, afastar a *hediondez* para esse dispositivo configuraria medida de justiça pelo impacto que traria ao degradante sistema prisional e se ajustaria ao princípio da individualização da pena.

Como visto, o resultado positivo que culminou no reconhecimento de que o tráfico privilegiado não detém natureza hedionda se apoiou em dois fundamentos, a saber, de um lado uma coerência sistêmica e teórica invocada pelo Ministro Edson Fachin e de outro um recorte empírico da degradante realidade prisional que assola o país muito bem lembrado – diga-se de passagem – pelo Ministro Lewandowski.

E o impacto é ainda maior, pois, essa espécie delitiva do tráfico privilegiado contará com o seguinte tratamento: a) poderá contar com o direito a anistia, graça e indulto uma vez preenchidos os requisitos; b) quanto ao livramento condicional, basta o apenado cumprir 1/3 (se não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes) ou 1/2 da pena (se for reincidente em crime doloso) nos termos do artigo 111, LEP e 83, CP; c) quanto à progressão de regime, o apenado deverá cumprir 1/6 da pena. Em resumo, o tráfico privilegiado passará a ser cumprido no regime geral da execução penal dos delitos comuns.

## 5. Encarceramento galopante, sistema penitenciário em “estado de coisas inconstitucional” e possíveis rumos da Suprema corte na descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal: um trabalho inacabado e o RE nº. 635.659

Chega-se ao fim da análise dos acórdãos proferidos pela Suprema Corte que julgamos relevantes nesses últimos 10 anos em matéria de drogas. No entanto, ao se iniciar este escrito já se sabia que seria inacabado, não por vontade de sua subscritora, mas justamente pelo fato de que as temáticas aqui levantadas serão certamente levadas à discussão do STF tantas quantas vezes forem necessárias provocar o Tribunal em situações nas quais se faça indispensável (re)ajustar

o sistema punitivo ao modelo de Estado democrático de direito, formal e material.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal compreendeu na Medida Cautelar da ADPF 347 que o sistema carcerário brasileiro vive um verdadeiro “*Estado de Coisas Inconstitucional*”, caracterizado pela violação exponencial e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e da falência de políticas públicas relativas a questão criminal. Demais disso, foi destacado à época que a urgente modificação desse estado de coisas depende, outrossim de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária<sup>33</sup>.

Obviamente, abre-se a discussão de que a Corte Constitucional pátria acaba por deixar de atuar como legislador negativo, figurando nesse caso como legislador positivo, culminando naquilo que se compreende por *ativismo judicial*. A decisão proferida na ADPF 347 teve como ponto de partida a prática que vem sendo assumida pela corte colombiana que possui uma conduta muito mais ativista e não meramente declaratória. Semelhante posicionamento fica em especial evidente na sentença T-153/1998 que reconheceu que o sistema carcerário colombiano vive um *estado de coisas inconstitucional* pela

<sup>33</sup> CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016).

superlotação, não separação de detentos por categoria, deficiência na infraestrutura penitenciária e outros, o que impulsionou o Tribunal a adotar postura mais incisiva na defesa dos direitos fundamentais<sup>34</sup>.

No Brasil, foi iniciado no ano de 2015 o julgamento do Recurso Extraordinário nº. 635.659 que aprecia a (in)constitucionalidade do crime do porte de drogas para consumo pessoal. Sobre a questão, já foram proferidos os votos do Relator dos autos Ministro Gilmar Mendes, Ministro Edson Fachin e Ministro Roberto Barroso. Na prática, a repercussão sobre o sistema prisional a depender do resultado será de grande e paradigmático impacto.

Pois bem. No voto do Relator foram reveladas questões elucidativas: a) a norma do artigo 28 acaba por desrespeitar a autonomia individual; b) o tratamento do porte pessoal de drogas como delito segue produzindo estigmas e contrariando a política do SISNAD de redução de danos e prevenção de riscos contida no artigo 18 e ss.; c) a norma do artigo 28 da Lei 11.343/2006 é construída como uma regra especial em relação ao artigo 33. Contém os mesmos elementos do tráfico e acrescenta mais um – a finalidade de consumo pessoal. Assim a *finalidade* acabaria por ser um limitativo entre as figuras dos artigos 33 e 28 a Lei 11.343/2006, cabendo a acusação demonstrar tal elemento; d) no caso da prisão em flagrante, a situação

<sup>34</sup> “As prisões colombianas se caracterizam pela superlotação, as graves deficiências em matéria de serviços públicos e assistenciais, o império da violência, da extorsão e corrupção e, a carência de oportunidades e meios para a ressocialização dos presos. Esta situação se ajusta plenamente a definição do estado de coisas inconstitucional. E a partir daí segue uma flagrante violação de uma série de direitos fundamentais dos internos nos centros penitenciários colombianos, tais como a dignidade, a vida e a integridade pessoal, os direitos a família, a saúde, o trabalho e a presunção de inocência, etc. Durante muitos anos, a sociedade e o Estado têm cruzado os braços frente a esta situação, observando com indiferença a tragédia das prisões, embora ela represente diariamente a transgressão da Constituição e das leis. As circunstâncias em que transcorre a vida nas prisões exige uma pronta solução. Na realidade o problema carcerário representa não somente um delicado assunto de ordem pública, como se percebe atualmente, senão uma situação de extrema gravidade social que não pode deixar desatendida. Mas o remédio dos males que açoitam o sistema penitenciário não está unicamente nas mãos do INPEC ou do Ministério da Justiça. Por isso, a Corte tem que passar a requerer distintos ramos e órgãos do Poder Público para que tomem as medidas adequadas em direção a solução deste problema”. Cf. mais sobre a sentença T-153/1998 da Corte Constitucional da Colômbia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm> (tradução nossa).

é particularmente grave, pois, o enquadramento jurídico preliminar é feito pela autoridade policial com base, principalmente, na palavra dos policiais condutores. Destarte, a imediata apresentação da pessoa perante a autoridade policial se mostra escorregadia para fins de verificar a possibilidade de conversão em prisão preventiva. Todas essas hipóteses levaram o Relator a declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do artigo 28 da Lei 11.343/2006, de forma a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito penal.

Já o Ministro Roberto Barroso trouxe outras questões fundamentais. A primeira é de ordem empírica: a) a guerra às drogas fracassou; b) necessidade de trabalhar a questão sob a ótica brasileira, qual seja, reconhecer que o problema maior no país é o poderio do tráfico de drogas que segue cooptando a juventude, especialmente das camadas mais baixas, vez que a rentabilidade do *negócio* é alta; c) não permitir que as cadeias sejam preenchidas com jovens pobres e primários onde o ambiente coopera para que haja uma *escola do crime* e que no fim acaba levando ao genocídio de jovens pobres e negros imersos na violência do sistema; d) o consumidor não deve ser tratado de maneira criminoso; e) a repressão via esfera penal acaba drenando recursos de saúde pública que deveriam ser investidos em políticas de prevenção, educação e tratamento de saúde dos usuários. Do ponto de vista jurídico o ministro trouxe três argumentos: a) violação da privacidade: o que se faz na esfera privada diz somente ao sujeito, principalmente quando não afetam terceiros; b) violação da autonomia individual: autonomia é a parte da liberdade que não pode ser suprimida pelo Estado ou pela sociedade; c) princípio da proporcionalidade: por ausência de lesividade a bem jurídico alheio, por inadequação, discutível necessidade e, sobretudo, pelo custo imenso em troca de benefícios irrelevantes, a criminalização não é a forma mais razoável e proporcional de se lidar com o problema. Finalmente, o Ministro defendeu a ideia de estabelecer um critério objetivo para diferenciar o tráfico do uso pessoal, pois, o método contido no artigo 28, §2º, da Lei 11.343/2006 acaba conferindo tratamento diferenciado entre as classes mais abastadas e aquelas mais baixas no momento de enquadramento da conduta típica.

O voto do Ministro Edson Fachin compreendeu que a atividade da Corte em matéria penal deve ser de autocontenção, vez que sua atuação fora dos limites circunstanciais do caso pode conduzir a intervenções judiciais desproporcionais tanto do ponto de vista das

liberdades quanto do ponto de vista da proteção social insuficiente, o que levou a sua análise apenas no que tange a substância *maconha*. A conclusão de seu voto foi pela: a) declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, específica para situação que, tal como se deu no caso concreto, apresente conduta que descrita no tipo legal tiver exclusivamente como objeto material a droga (*maconha*) em pauta; b) manter, nos termos da atual legislação e regulamento, a proibição inclusive do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas; c) manter a tipificação criminal das condutas relacionadas à produção e à comercialização da droga objeto do presente recurso (*maconha*) e concomitantemente declarar no ato a inconstitucionalidade progressiva dessa tipificação das condutas relacionadas à produção e à comercialização da droga objeto do recurso até que venha a regulamentação legislativa, permanecendo nesse lapso hígidas as tipificações constantes do título IV, especialmente criminais do art. 33, e dispositivos conexos da Lei 11.343; d) reconhecer que se trata de uma atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas para diferenciar o usuário do traficante; e) nos termos do artigo 7º do RISTF, propôs ao plenário, a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas na forma Temporária visando acompanhar os efeitos da deliberação do Tribunal no caso, especialmente em relação a diferenciação entre usuário e traficante, bem como ouvir instituições, estudiosos, pesquisadores, cientistas, médicos, psiquiatras, etc. e apresentar relato na forma de subsídio e sistematização.

Bem, ainda restam 08 (oito) votos a serem proferidos pela Corte. Com o pedido de vista do Ministro Teori Zavascki, o julgamento segue suspenso. Entretanto, verificando os 03 (três) votos disponíveis e os múltiplos argumentos levantados, é possível verificar uma sensibilidade dos magistrados da Corte superior no intuito de conferir tratamento que não possua natureza penal ao usuário, principalmente pela incongruência entre o que busca a Lei 11.343/2006 no intuito de ser preventiva quanto ao uso, atuando de maneira reduzir os danos aos usuários e ao mesmo tempo manter uma figura típica de porte para consumo pessoal.

Os elementos empíricos levantados, a saber, o reconhecimento de que as drogas – e aí a diferença entre o tráfico e uso que o artigo 28, §2º da Lei 11.343/2006 realiza não é suficiente por si só, o que acaba conduzindo a decisões motivadas pelo *in dubio pro societate* – é fenômeno apto a promover um encarceramento galopante foi muito

bem ventilado nos votos proferidos. No mesmo ano do início do julgamento do RE 635.659 que avalia a constitucionalidade do porte de drogas para consumo pessoal o STF por meio da Medida Cautelar na ADPF 347 reconheceu – ainda que preliminarmente – que o sistema penitenciário nacional constitui um “estado de coisas inconstitucional”.

Ao julgar o mérito da ADPF 347 e caso confirme a ocorrência do “estado de coisas inconstitucional”, a Suprema Corte dará um passo histórico – e aqui não é o momento de a autora considerar positiva ou negativa essa atuação – que é a formulação de políticas públicas, algo inédito, vez que sua característica é a de ser legislador negativo e não legislador positivo, o que exige cautela<sup>35</sup>. No entanto, o ativismo dialógico a exemplo do que ocorreu na Colômbia que não possui um caráter invasor, limitando a participação de cada poder e fomentando debates pode ser um caminho adotado pelo Supremo Tribunal Federal se houver um manejo com maturidade do “estado de coisas inconstitucional” que reconhecerá a violação massiva de direitos fundamentais e exigirá ações proativas para mitigar tal quadro<sup>36</sup>.

Por uma coerência lógica, é possível prever que a Suprema Corte conduza entendimento da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006 se lembrado e mantido o entendimento conferido na MC na ADPF 347. Ora, se o microsistema punitivo de drogas é responsável pela maior fatia dos encarcerados e as prisões brasileiras constituem verdadeiras masmorras medievais, a ideia é que a prisão seja reservada aos casos mais graves e como já se verificou no início do julgamento do RE 635.659, o artigo 28 da Lei de Drogas não respeita diversos direitos fundamentais limitativos, a saber, direito à privacidade, a autonomia pessoal e a proporcionalidade.

Ademais, em 22 de maio de 2015, as Nações Unidas editaram um novo quadro de normas para o tratamento do sistema penal e a percepção do papel do encarceramento para a sociedade, culminando nas “Regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de

<sup>35</sup> Cf. PASSOS, Ana Beatriz Guimarães; FILHO, Carlos Augusto Liguori; GRAVA, Guilherme Saraiva. O estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras: a ADPF 347 e o papel do STF na elaboração e implementação de políticas públicas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 24, n. 283, jun./2016, p. 3-4.

<sup>36</sup> Cf. SANTOS, Helena Maria Pereira dos; VIERA, José Ribas; DAMASCENO, Luana Regina D’Alessandro; CHAGAS, Tainá Tavares das. Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, vol. 08, n. 04, 2015, p. 2596-2612.

presos”. Batizado de “Mandela rules”, esse conjunto normativo se destina a enfrentar a negligência estatal frente às pessoas que estão no cárcere, buscando a proteção contra qualquer espécie de tratamento ou castigo degradante ou desumano, acomodações razoáveis para pessoas com deficiências físicas e mentais, dentre outros. No entanto, apesar do Brasil ter participado ativamente na elaboração das regras, até o momento não adotou políticas públicas que visem materializar essa diretriz.

No país, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) traduziu a recomendação das Nações Unidas, onde o Presidente do Supremo Tribunal Federal Ministro Ricardo Lewandowski assim afirma:

“As Regras de Mandela podem e devem ser utilizadas como instrumentos a serviço da jurisdição e têm aptidão para transformarem o paradigma de encarceramento praticado pela justiça brasileira...”<sup>37</sup>

Bem, como se afirmou, este é um tópico inconcluso e é importante que no julgamento do RE 635.659 os parâmetros proferidos nas *Regras de Mandela* sejam invocados e usados a serviço da jurisdição, vez que ao menos em sede de cognição preliminar na MC na ADPF 347 o sistema penitenciário brasileiro se encontra em “estado de coisas inconstitucional”. Mais ainda, que o resultado final no RE 635.659 tenha pretensões de adequação aos fins do projeto do Estado Democrático de Direito que a constituição dirigente de 1988 busca estabelecer, onde a liberdade não deve ser restringida pelo Estado, mas ampliada e garantida por este.

## 6. Considerações finais

Por todo o exposto, conclui-se:

a) Necessidade de adequação da lei ordinária 11.343/2006 aos ditames constitucionais;

b) A decisão proferida no Recurso Extraordinário 603.616 apesar de pretender criar mecanismos restritivos a possibilidade de flagrante delito em delitos *permanentes*, pode acabar por transgredir o direito fundamental a inviolabilidade domiciliar;

<sup>37</sup> Confira a tradução do *Mandela Rules* no site do Conselho Nacional de Justiça: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdbca-1b02fa6e3944ba2.pdf>.

c) No *Habeas Corpus* n.º. 104.339 ficou reconhecida a inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória contida no artigo 44 da Lei 11.343/2006, patenteando que não há prisão preventiva *ex lege*, mas necessário se faz sua fundamentação sempre em consonância com o artigo 312 do Código de Processo Penal e artigo 93, inciso IX da Constituição Federal;

d) Quanto ao momento do interrogatório do acusado a controvérsia permanece. Porém, verificando as decisões proferidas para os processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (Lei 8.038/1990) e ao rito do Código de Processo Penal Militar, a tendência é que prevaleça o conteúdo normativo dos artigos 394, §4º e 400 do Código de Processo Penal (introduzidos pela Lei 11.719/2008) em detrimento da inteligência do artigo 57 da Lei 11.343/2006;

e) Quanto ao regime de cumprimento, verificou-se que atualmente visando atender a individualização da pena, o magistrado deve motivar a imposição do regime de cumprimento (fechado, semiaberto e aberto), conforme o caso *sub judice*, não havendo, portanto, a obrigatoriedade de que o condenado cumpra sua pena no regime *integralmente* fechado ou *inicie* seu cumprimento nesse regime;

f) Em relação a conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos, no julgamento do *Habeas Corpus* n.º. 97.256, ficou patenteada a inconstitucionalidade – incidentalmente – da vedação da aplicação das penas restritivas de direitos. Em virtude de a decisão não ser dotada de efeito *erga omnes*, o Senado Federal editou a Resolução n.º. 5/2012 permitindo eficácia ampla àquela decisão;

g) Por meio do *Habeas Corpus* n.º. 118.533 ficou patenteado que o tráfico privilegiado não se compatibiliza com o tratamento conferido aos delitos hediondos e equiparados;

h) Finalmente, verificou-se que na MC na ADPF 347 ficou reconhecido – ao menos em sede preliminar – que o sistema penitenciário vive o chamado “estado de coisas inconstitucional” o que pode repercutir – como assinalado – diretamente no resultado final do RE n.º. 635.659.

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.



BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: RT, 1993.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1995.

BUSATO, Paulo César. Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el civil law y el common law en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher. *Revista Penal*, Valencia, n. 35, ene. 2015.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. La problemática de las medidas substitutivas y alternativas. In: BAIGÚN, David. *De las penas: homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*. Buenos Aires: DePalma, 1997.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. In: PALI-TOT BRAGA, Romuldo R. hemo; MARTÍNEZ GUERRA, Amparo. III Encontro de internacionalização do Conpedi – Direito Penal, Criminologia e Seguridad Pública. Madrid: Ediciones Laborum, 2015.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7 ed. São Paulo: RT, 2011.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die normative kraft der verfassung)*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: Iustel, 2011.

PACELLI, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PASSOS, Ana Beatriz Guimarães; FILHO, Carlos Augusto Liguori; GRAVA, Guilherme Saraiva. O estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras: a ADPF 347 e o papel do STF na elaboração e implementação de políticas públicas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 24, n. 283, jun./2016.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Los delitos de posesión y los delitos de status: una aproximación político-criminal y dogmática*. Barcelona: Atelier, 2005.

SANTOS, Helena Maria Pereira dos; VIERA, José Ribas; DAMASCENO, Luana Regina D'Alessandro; CHAGAS, Tayná Tavares das. Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, vol. 08, n. 04, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. Interpretação da Constituição e Democracia. In: Fernando Luiz Ximenes Rocha e Filomeno Moraes. *Direito Constitucional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRUENSEE, Eberhard. Os crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, jan./abr. 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

# Busca e apreensão de drogas com violação de domicílio:

Um estudo de caso participante da UPP da Cidade de Deus

27

*Antonio Eduardo Ramires Santoro<sup>1</sup>*  
*Nilo Cezar Martins Pompílio da Hora<sup>2</sup>*  
*Natália Lucero<sup>3</sup>*

## 1. Introdução

O Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro funciona no prédio histórico própria Faculdade, onde funcionou o Senado do Império brasileiro, ao lado da Praça da República, no Centro do Rio de Janeiro.

Trata-se de um órgão da Faculdade de Direito que não funciona como um sucedâneo da defensoria pública, mas tem por finalidades proporcionar ao aluno do curso de graduação a atuação em estágio curricular sob a supervisão dos professores de processo e prática, além de funcionar como polo de pesquisa, pois permite o contato direto com dados a serem valorados pelos professores pesquisadores

- 
- <sup>1</sup> Professor Adjunto de direito processual penal e prática penal da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ; Professor Adjunto do PPGD/Universidade Católica de Petrópolis; Professor Adjunto do IBMEC/RJ; Coordenador do Grupo de Pesquisa “O Sistema Penal sob Olhar Crítico”; Advogado; Pós-doutor em direito penal e garantias fundamentais pela UNLaM – Argentina; Doutor e Mestre em Filosofia pela UFRJ; Mestre em direito pela Universidad de Granada – Espanha; Especialista em direito penal econômico e da europeu pela Universidade de Coimbra – Portugal; Especialista em direito da economia pela FGV/RJ.
- <sup>2</sup> Professor Adjunto de direito processual penal da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ; Pesquisador do Grupo de Pesquisa “O Sistema Penal sob Olhar Crítico”; Advogado; Doutor em Educação pela UFRJ; Mestre em Direito pela UFRJ.
- <sup>3</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis; Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UCAM; Bacharel em Direito pela UERJ; Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “O Sistema Penal sob Olhar Crítico”.

no âmbito dos projetos desenvolvidos, e extensão universitária, vez que possibilita a troca entre o conhecimento universitário e as necessidades da comunidade.

Por se tratar de uma universidade pública e gratuita, e atendendo à sua vocação de defesa dos direitos dos grupos mais vulneráveis, em regra o Núcleo de Prática atende à comunidade carente no seu entorno. Antes de chegar ao professor, o solicitante dos serviços do Núcleo são atendidos pelo serviço social, que se possível apresenta soluções imediatas para os problemas e realiza uma espécie de filtragem, com a elaboração de um sucinto relatório para ser submetido ao professor.

O professor, então, seleciona os casos que apresentam interesse didático e de pesquisa, passando a atuar como advogado juntamente com seus alunos, a quem supervisiona na atividade de estágio.

Não raramente pessoas que não moram na comunidade no entorno da Faculdade Nacional de Direito procuram a secretaria do Núcleo ou diretamente professores do curso de Direito, solicitando informação e atendimento.

Nesse sentido o professor Nilo Cezar Martins Pompilio da Hora, professor de Direito Processual Penal, não vinculado diretamente ao Núcleo de Prática Jurídica, foi procurado pela família de um rapaz, que chamaremos de A. e havia sido preso por policiais da Unidade de Polícia Pacificadora da Cidade de Deus – UPP/CDD. O relato inicial é que os policiais haviam invadido a casa do rapaz, sem mandado e sem autorização dos moradores.

Embora esse caso não se enquadrasse na descrição inicial do atendimento à comunidade no entorno da Faculdade Nacional de Direito, uma vez que a Cidade de Deus se localiza na Zona Oeste do Rio de Janeiro e não no Centro, o professor Nilo Pompilio procurou o professor Antonio Eduardo Ramires Santoro porque este é professor de Direito Processual Penal e também de Prática Penal, com atuação não apenas em sala de aula, mas também no Núcleo de Prática Jurídica, e porque ambos são pesquisadores do Grupo de Pesquisa “O Sistema Penal sob Olhar Crítico”, que desenvolve dois projetos de pesquisa, um deles sobre os meios de investigação de prova, dentre as quais está, como será melhor detalhado no decorrer deste trabalho, a busca e apreensão.

Assim, selecionaram esse caso por apresentar inegável interesse em todas as áreas da atividade universitária, qual seja, ensino, pesquisa e extensão, passando a patrocinar o interesse do rapaz A. que se encontrava preso.

A proposta do professor Nilo Pompílio era coletar dados de pesquisa utilizando a metodologia do observador participante, inspirado no pioneiro trabalho de William Foote Whyte *Street Corner Society*<sup>4</sup>, em que o autor viveu junto aos seus pesquisados por quatro anos, entre 1936 e 1940, tendo morado na área que ele chamou de Cornerville, um bairro pobre com estrutura degradada de imigrantes italianos em Boston.

Naturalmente a proposta metodológica era apenas inspiradora, uma vez que sua proposição era adaptar o método a uma atuação participante não apenas como advogado, mas com entrevistas com as pessoas envolvidas, mas não residir na área da Cidade de Deus, até pela inviabilidade de se atuar como advogado e permanecer desconhecido como se estivesse integrado à estrutura social local.

O método proposto difere do tradicional estudo de casos não apenas porque o caso a ser estudo está em curso e sendo conduzido pelo próprio pesquisador na condição de advogado, mas porque se dispunha a coletar dados diretamente na área da comunidade da Cidade de Deus onde o fato ocorreu, preferencialmente com pessoas que tenham presenciado a atuação policial.

Não há dúvida de que o método de observação participante demanda “*intensa aproximação e diálogo com os universos investigados*”, o que se propôs nesta pesquisa, mas também necessita a disponibilidade do pesquisador “*viver e conviver com os universos pesquisados, participando de suas dificuldades e drama, por períodos de tempo mais extensos*”<sup>5</sup>, o que não se mostrava possível para os pesquisadores.

Entretanto, não cabe reduzir a atividade metodológica ao estudo de casos, uma vez que os pesquisadores estavam não apenas envolvidos como advogados e, portanto, aptos a determinar e modificar o rumo do caso, de sorte que não se trata apenas de uma observação, mas também e, sobretudo, dispostos a assumir, por meio de entrevistas e visita ao local, o que Gilberto Velho na apresentação à edição brasileira de *Street Corner Society* de “*posição ético-científica voltada para a melhor e mais rica compreensão dos fenômenos sociais, tendo como base o respeito aos indivíduos e grupos investigados*”<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> WHYTE, William Foote. **Sociedade de Esquina: a estrutura social e uma área urbana pobre e degradada**. tradução Maria Lúcia de Oliveira. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

<sup>5</sup> VELHO, Gilberto. **O observador participante**. Apresentação à edição brasileira de *Street Corner Society* de WHYTE. op. cit., p. 12 e 13.

<sup>6</sup> Idem.

Pelo que se expôs, resolvemos participar diretamente do caso, inclusive redigindo o texto na primeira pessoa – como se vê a partir deste ponto do trabalho – e chamamos o método utilizado de um estudo de caso participante.

## 2. O caso

### 2.1. O início

A família de A. procurou o Núcleo de Prática, como narrado acima, no início de abril do ano de 2014. A. havia sido preso em flagrante em 16 de março de 2014. A autoridade policial da 32ª Delegacia de Polícia Civil lavrou o auto de prisão em flagrante e tipificou a conduta no tráfico de drogas – art. 33 da Lei nº 11.343/2006 – e no porte ilegal de arma – art. 14 da Lei nº 10.826/2003.

Dois policiais militares prestaram declarações como testemunha. Ambos afirmaram que receberam uma informação de um “informante”, que não quis se identificar, de que A. estava envolvido com o tráfico de drogas no local. Afirmaram foram ao local e, atendidos por uma moradora de nome B., que lhes teria franqueado a entrada no terro. Afirmaram que A. estava em casa e que passaram a revistar a casa, tendo encontrado determinada quantidade de drogas, uma pistola e um rádio comunicador. A., então, teria confessado que trabalhava para o tráfico.

A., na delegacia, de acordo com o que consta do Auto de Prisão em Flagrante, prestou declarações. Afirmou que estava desempregado, que residia com sua mãe, que nunca foi preso ou processado, que estava no tráfico há um mês e no dia anterior à prisão estava vendendo drogas. Que a pistola não era sua.

No próprio dia 16/03/2014 a prisão foi comunicada ao juiz e à defensoria pública. Os autos foram remetidos à Justiça no dia 20/03/2014, mesmo dia em que o juiz os encaminhou ao Ministério Público.

No dia 24/03/2014, o Ministério Público ofereceu denúncia, requereu a conversão da prisão, cujos fundamentos serão em seguida esclarecidos, e fez um inusitado pedido com o seguinte teor:

Requer-se que no **mandado de citação** do denunciado para apresentar a resposta prevista no art. 396 do Código de Processo Penal **conste expressamente que** o defensor,

se for requerer a oitiva de testemunhas, deve **explicitar** a relevância e a pertinência da oitiva de testemunhas por ele arroladas, sob pena de indeferimento com base no art. 400, §1º, do Código de Processo Penal;

Veja-se que o Supremo Tribunal Federal já advertia que “**é dever do juiz coibir atos e estratégias da defesa que tenham por fito procrastinar o andamento do feito**” (STF – Habeas Corpus 73.755-2). (SIC – grifos no original)

De outro lado o pedido de conversão do flagrante em preventiva apenas se fundou na “*presença dos requisitos do art. 312 do CPC, em especial a necessidade de garantia à ordem pública, a conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da Lei Penal*” (SIC) sem qualquer menção a algum fato, apenas transcrição do texto de lei.

Na denúncia, o promotor de justiça afirmou que “*o denunciado fazia parte da agremiação criminosa Comando Vermelho na função de vapor*” quando foi preso. Afirmou que o denunciado estava de posse da droga apreendida, de uma pistola e um rádio comunicador. Afirmou ainda na denúncia que o denunciado confessou sua participação no tráfico de drogas.

Chamou nossa atenção a afirmação de que o denunciado fazia parte do Comando Vermelho na função de vapor, uma vez que não havia qualquer afirmação de quem quer que fosse sobre isso durante a investigação.

Com isso pediu a condenação do denunciado A. nas penas dos tipos de tráfico de drogas – art. 33 da Lei nº 11.343/2006 –, associação para o tráfico – art. 35 da Lei nº 11.343/2006 – e porte ilegal de arma – art. 14 da Lei nº 10.826/2003.

A defensoria pública, no dia 20/03/2014, pediu a juntada de cópia da Carteira de de Habilitação, declaração de residência, declaração de trabalho e declaração de idoneidade, mas não fez qualquer requerimento. Importa ressaltar uma importante informação: de fato o comprovante de residência juntado pela defensoria pública estava no nome de A. e a declaração de trabalho era um certificado de especialização em motofrete emitido pelo DETRAN/RJ com vínculo específico à Cidade de Deus.

Essas informações são importantes porque no dia 28/03/2014, o juiz recebeu a denúncia e manteve “*a prisão cautelar do flagrado porque necessária para assegurar a aplicação da lei penal, já que inexistente qualquer comprovação de seu vínculo com o distrito da culpa*”. Completou dizendo que se a comprovação

fosse aos autos (o que já se encontrava nos autos, como visto acima), seria necessário examinar os demais fundamentos do art. 312 do CPP. Assim, converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva. Nada falou sobre o pedido do promotor de justiça sobre fazer constar a advertência no mandado de citação, o que de fato não ocorreu.

Citado no dia 01/04/2014, o acusado afirmou que queria ser assistido pela defensoria pública, mas mudou de ideia e em 04/04/2014 nos outorgou procuração. Por isso, no dia 09/04/2014 a defensoria apresentou resposta escrita e no dia 11/04/2014 nós apresentamos resposta escrita.

A defensoria pública arguiu nulidade do feito por não ter tido oportunidade de entrevistar o acusado, motivo pelo qual não pode arrolar testemunhas.

Nós arguimos as seguintes preliminares: (i) inépcia da denúncia, já que a inicial não descreve o elemento subjetivo e, portanto, não permite distinguir entre tráfico e porte para uso, vez que a atividade física imputada ao acusado A. (posse) é comum aos tipos do art. 33 e do art. 28 da Lei nº 11.343/2006; (ii) nulidade da busca e apreensão com violação de domicílio, que será objeto de abordagem específica a frente; e (iii) necessidade de rejeição da denúncia que narra fato – associação ao Comando Vermelho – não amparado em qualquer elemento de investigação, ou seja, falta de suporte da descrição fática em informações. Requeremos a liberdade do acusado. No mérito, negamos genericamente a acusação. E arrolamos testemunhas.

O juiz, em 14/04/2014, falou apenas sobre a resposta à acusação apresentada pela defensoria pública ignorando nossa defesa apresentada pelo Núcleo de Prática Jurídica da UFRJ, bem como ignorando a procuração que nos foi outorgada. Designou audiência de instrução e julgamento para o dia 27/05/2014 às 13h30.

Apesar de não ter-nos sido dada ciência da decisão, verificamos que a mesma havia sido ignorada e requeremos sua reapreciação, o que foi negado em 07/05/2014 sob a afirmação evasiva de que “a situação deve ser mantida porque ainda necessária a aludida segregação”.

## 2.2. As entrevistas

Antes da audiência fomos ao local da residência do acusado e realizamos algumas entrevistas<sup>7</sup>. Para efeitos expositivos vamos separar

<sup>7</sup> Em que pese a possibilidade de sermos contestados quanto à fidedignidade das informações, optamos por manter o sigilo da identidade das pessoas entrevistadas,

as entrevistas em dois grupos, as pessoas que viram a incursão policial e as pessoas que não viram.

Entre as pessoas que não viram a incursão policial, pudemos observar dois pontos comuns.

Um, os policiais da Unidade de Polícia Pacificadora – UPP não estão integrados à vida na comunidade, não participam ativamente na busca de soluções para os problemas mais comuns enfrentados pelos moradores, têm uma postura de enfrentamento em face de qualquer adversidade.

Isso mostra a incompatibilidade de uma polícia pacificadora, ainda mais no âmbito de uma polícia militar, que traz naturais posturas e estratégias bélicas de ocupação territorial e dominação social, não de convívio e harmonia.

Em segundo lugar, e ainda mais sério, é voz corrente que a polícia trabalha em conjunto com o tráfico local, em especial eliminando pequenos vendedores de droga que possam representar um início de concorrência no comércio do material ilícito.

A prisão de pequenos comerciantes de drogas manteria o monopólio e legitimaria a polícia pacificadora, se apresentando como combativa ao tráfico aos olhos da opinião pública e dos aplicadores do direito, leia-se, juiz e ministério público, dos quais recebe apoio prático processual nas operações policiais em geral.

É importante afirmar, por necessidade de fidelidade aos fatos, que nenhum dos entrevistados apontou alguma prova ou fato concreto que tenha presenciado, para fazer a afirmação acima narrada. Trata-se de conhecimento comum no local, que precisaria ser submetido a uma pesquisa de observação participante efetiva, com convívio permanente no local, sem identificação do pesquisador, para verificar sua facticidade.

Todavia, em se tratando de uma pesquisa também baseada em entrevistas, é fundamental traçar essas linhas sobre as informações prestadas pelas pessoas com quem os pesquisadores tiveram contato pessoal direto.

Entre as pessoas que viram a incursão policial, a voz corrente é que os policiais não pediram qualquer autorização para entrar no terreno.

Quando da prisão em flagrante os policiais sequer deixaram claro que a moradora B. não morava na mesma casa que o acusado A. Ao contrário, a narrativa desenvolvida levava a crer que a moradora

para preservar a integridade dos moradores da localidade.

B. e o acusado A. moravam na mesma casa e ela teria franqueado a entrada aos policiais.

De acordo com os moradores do local entrevistados, A. e B. moravam em um mesmo terreno, mas em casas separadas, algo muito comum naquela localidade, como de resto na maior parte das comunidades do Rio de Janeiro.

Mais ainda, pudemos observar por inspeção direta no local que o terreno em que ambas as casas se localizavam era separado da rua por um muro com um portão de acesso. Ultrapassado o muro e dentro do mesmo terreno, havia a construção da casa da moradora B. no nível do solo e uma outra construção, com residência ao nível do solo e outra residência no segundo andar, que só podia ser acessada por uma escada externa. A casa do acusado A. era essa casa cuja construção era diversa da moradora B. e ainda sua residência se localizava na parte superior da construção, só podendo ser acessada por uma escada externa, à qual só se poderia ter acesso quando ultrapassado o muro com portão que dividia o terreno da rua.

Essas pessoas, que em grande parte não se propuseram a testemunhar em juízo, afirmaram que não haviam apenas dois policiais durante a incursão à residência do acusado, como parecia pelas declarações prestadas pelos policiais militares na delegacia, mas muitos policiais.

Outra narrativa comum é que os policiais se dividiram em três grupos e começaram a entrar no terreno escalando o muro, dois grupos em cada ponto extremo e um grupo na altura do portão.

O que ocorreu foi que o grupo do portão não conseguiu entrar por conta de uma roseira que impedia a invasão e um policial resolveu assoviar para a moradora B. que estendia roupa no varal no lado de fora de sua casa, dentro do terreno. Enquanto a moradora atendia o chamado no portão, os policiais que invadiam pelos extremos do muro já haviam pulado para dentro do terreno, antes de ser pedida qualquer autorização de entrada.

Se dispuseram a depor como testemunhas dois moradores da casa contígua, a moradora B., apontada pelos policiais como a autora da autorização de ingresso no terreno, e seu marido C. Também se dispuseram a depor: a moradora D. da casa de frente ao terreno e um ex-empregador.

### **2.3. A instrução e o julgamento em primeiro grau**

Na audiência de instrução e julgamento depuseram seis testemunhas, os dois policiais militares que também o fizeram na

delegacia, arrolados pelo ministério público na denúncia, que chamaremos de PM1 e PM2, e as quatro testemunhas por nós arroladas anteriormente descritas. Além disso foi ouvido o acusado A. em interrogatório judicial.

Os policiais militares diversamente das declarações prestadas em sede policial por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, em que afirmaram que a informação de que o acusado A. seria traficante partiu de um informante, disseram que a origem da notícia foi um telefonema para a base da UPP. Confrontado por nós quem seria o autor do telefonema ambos responderam que era uma “denúncia anônima”.

Então perguntamos se diante apenas de uma “denúncia anônima” eles invadiram a residência do acusado A. Mais uma vez ambos responderam que a moradora B. e o acusado A. franquearam a entrada e este confessou que era traficante. Vale dizer que nas declarações prestadas em delegacia nenhum dos policiais afirmou que o acusado havia permitido a entrada.

Perguntamos se os policiais já conheciam antes o acusado A., responderam que não. Perguntamos se eles já tinham ouvido falar no acusado A. anteriormente, responderam que nunca tinham ouvido falar o nome dele e não sabiam que ele era traficante.

Quanto à apreensão da droga, o PM1 afirmou que o acusado além de confessar ser traficante, pegou a droga e a entregou a eles, nada mencionando sobre a arma e o rádio, ao passo que o PM2 afirmou que eles deram uma busca no local e encontraram a droga em uma mochila, bem como encontraram a pistola e um rádio comunicador.

As testemunhas arroladas pela defesa confirmaram a versão que apresentaram na entrevista que com elas realizamos. A moradora B. confirmou que não deu permissão alguma para que os policiais entrassem no terreno, pelo contrário, afirmou que quando abriu o portão ao ser chamada por um policial, alguns policiais já estavam descendo o muro para ingressar no terreno.

A vizinha D. confirmou a versão da testemunha B. Afirmou que duas viaturas, não sabendo dizer quantos policiais, chegaram ao local se dividiram em três grupo e começaram a invadir o terreno. O grupo que tentou entrar por cima do portão foi impedido pela roseira e chamou a moradora B., enquanto os outros grupos de policiais ingressavam no terreno escalando o muro.

Isso foi confirmado pelo seu marido C. que narrou estar se barbeando no banheiro quando ouviu barulhos nas telhas e ao olhar pela

janela viu policiais descendo pelo telhado de sua casa para o solo do terreno. Explicou que o muro se comunica com o telhado da sua casa e quando viu aquela situação saiu para ver o que estava acontecendo.

A testemunha B. e C. confirmaram que quando C. chegou no lado de fora da casa B. entrou imediatamente, com receio do que estava acontecendo. C., então, questionou o que estava acontecendo e os policiais, que nesse momento eram cerca de oito, afirmaram que estavam a procura de A. C. indicou onde A. morava e acompanhou os policiais que subiram a escada externa até a entrada da casa. Afirmou que um grupo de policiais abriu a porta, que estava fechada, porém sem trancas, e ingressaram direto e sem autorização na casa de A., enquanto outro grupo de policiais entrou na casa pela janela que se encontrava aberta.

Os policiais encontraram A. dormindo, que logo acordou. Um grupo de policiais se manteve com A. na sala da casa, enquanto outro grupo entrou em outros cômodos, fora do campo de visão da testemunha B. Em seguida os policiais voltaram com um saco com drogas e disseram que o encontraram, mas nada falaram sobre arma e rádio comunicador.

A quarta testemunha apenas afirmou que o acusado A. era um rapaz trabalhador, nada sabendo falar sobre o fato em si.

O juiz dispensou as alegações finais orais e abriu de imediato o prazo de cinco dias para o ministério público apresentar memoriais.

Em seus memoriais o ministério público pediu a condenação do acusado por todos os tipos penais constantes da denúncia. Sustentou a acusação pelo tráfico de drogas firme no depoimentos dos policiais, aos quais atribuiu “*fê pública*”<sup>8</sup>, no entendimento de que o ingresso no domicílio do acusado foi autorizado pelos moradores e, ainda que não fosse autorizado, a apreensão de drogas demonstra que o acusado

<sup>8</sup> Aos leitores de outros Estados da federação diversos do Rio de Janeiro, vale o esclarecimento de que essa é uma comum interpretação manipuladora de sentido da súmula nº 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cujo enunciado é “*O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação*”. Ora no máximo essa súmula pode ser compreendida como uma afirmação de que autoridades policiais e seus agentes são testemunhas, ostentam a natureza de fonte de prova, de tal sorte que devem prestar compromisso e o conteúdo de seus depoimentos tem o mesmo valor que qualquer outro, não podendo ser menosprezados apenas por ostentar a condição de serem policiais, mas não implicam, em hipótese alguma implica em atribuir fê pública aos seus depoimentos.

A. estava em flagrante delito de crime permanente, o que autoriza o ingresso na residência sem mandado.

Desvelando uma cultura claramente autoritária, o ministério público expressou uma clara inversão do ônus da prova em desrespeito ao princípio da presunção de inocência, ao sustentar que a condenação por tráfico de drogas se fundava no fato de que o acusado A. “*não conseguiu provar que a droga lhe pertencia*”. Esse foi o mesmo motivo invocado para sustentar a condenação pelo porte ilegal de arma, apesar de um dos policiais não ter confirmado ter havido apreensão de arma na casa do acusado em seu depoimento judicial.

Continuou sustentando a condenação por associação para o tráfico (art. 35 da Lei nº 11.343/2006) sob o argumento que vale ser literalmente transcrito:

O local é conhecido como ponto de venda de drogas e está mais que evidente que o réu tem ligação com o comando vermelho e seus integrantes. Se não for assim, gostaria que a defesa explicasse e provasse de onde vem a referida droga, visto que o réu não conseguiu provar que a droga lhe pertencia e que era um verdadeiro traficante autônomo na região dominada pelo Comando Vermelho.

(...)

É de se indagar porque motivo o acusado se encontra preso junto dos demais componentes do Comando Vermelho, pois se não fazem parte de tal grupo merece ficar em cela diversa.

(...)

Se não bastasse a dispensabilidade da prova em relação a existência e domínio do comando vermelho, temos que só nas Primeira e Segunda Varas Criminais de Jacarepaguá tramitam três processos (inclusive um em grau de recurso) em que se apuraram as atividades ilícitas do grupo comando vermelho, além do relatório da CPI DO CRIME ORGANIZADO da Câmara de Vereadores do Rio de Janeiro.

Verifica-se que, assim como na denúncia, em que foi afirmado que “*o denunciado fazia parte da agremiação criminosa Comando Vermelho na função de vapor*” quando foi preso, sem que qualquer elemento da investigação tenha indicado isso, o promotor introduziu dois elementos que impressionam: (i) que o local é conhecido ponto de venda de drogas e (ii) que “*está evidente*” que o réu tem ligação com o Comando Vermelho porque “*se encontra preso junto dos demais componentes*”

do grupo e porque a prova é “dispensável” já que nas varas criminais de Jacarepaguá “*tramitam três processos (...) que apuram a atividade*” do Comando Vermelho.

Parece haver uma série de formulários padronizados naquela área de atuação do ministério público ou daquele promotor de justiça, pois que as alegações finais tratam de fato diverso do relatado no autos, como afirmar que o lugar é conhecido como ponto de venda de drogas, embora os policiais tenham afirmado exatamente o oposto. Ainda faz menção à dispensabilidade genérica de provas para demonstrar algo que supostamente estaria provado por haver outros processos tramitando naquele mesmo juízo.

Nos memoriais da defesa, em brevíssimo resumo, insistimos nas arguições de inépcia da denúncia e de que a violação de domicílio não se adequa aos casos constitucionalmente permitidos e no mérito negamos haver prova dos relatos da acusação.

O juiz, na sentença, afastou as preliminares. Sucintamente, o magistrado afirmou que a denúncia era apta e que a busca e apreensão era lícita e estava enquadrada nas hipóteses constitucionais por ter havido consentimento no ingresso dos policiais no terreno e porque em se tratando de crime permanente a hipótese era de flagrante delito, o que afastaria a inviolabilidade domiciliar na forma do art. 5º, inciso XI, da Constituição.

No mérito, absolveu o acusado A. das imputações de associação para o tráfico – art. 35 da Lei nº 11.343/2006 – e de porte ilegal de arma – art. 14 da Lei 10.826/2003. Condenou-o pela acusação de tráfico de drogas privilegiado – art. 33, caput, c/c §4º do mesmo art. c/c o inciso IV do art. 40, todos da Lei nº 11.343/2006, fixando a pena em três anos e dez meses, fixando o regime inicial fechado para cumprimento da pena de reclusão.

Na sentença o juiz manteve a prisão preventiva do acusado A. sob o seguinte argumento:

Considerando os evidentes malefícios causados pelo tráfico hediondo, considerando o grande número de pessoas atingidas, direta e indiretamente, pelo comércio das drogas, considerando que as pessoas de bem de nossa sociedade devem ser preservadas do contato com o acusado, considerando que o denunciado respondeu ao processo preso, considerando que o réu não comprovou seu vínculo com a comarca e considerando que, em liberdade, o réu ficaria

tentado a evitar a aplicação da lei penal, nego ao réu a possibilidade de aguardar o trânsito em julgado em liberdade porque a sua prisão é imprescindível para garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, a teor do art. 312, caput, do CPP.

Nós impetramos *habeas corpus* e liminarmente foi concedido ao acusado A. o direito de apelar em liberdade.

O ministério público apelou. Em suas razões pleiteou a reforma parcial da sentença com a condenação do acusado A. nos tipos penais de associação para o tráfico e porte ilegal de arma. Pediu também a declaração incidental de inconstitucionalidade da causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Nós apelamos e em nossas razões sustentamos as mesmas preliminares de inépcia da denúncia por não descrição do elemento subjetivo que distingue o tipo de tráfico do tipo de porte para uso e nulidade da busca e apreensão. Introduzimos a preliminar de nulidade da sentença que aplicou uma causa de aumento não descrita na denúncia. No mérito sustentamos a necessidade de reforma por inexistir prova suficiente para condenação. No que respeita a aplicação da pena sustentamos a necessidade de reforma para aplicar um regime inicial mais brando, em especial o regime aberto, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por outras alternativas, na forma do art. 44 do Código Penal.

O ministério público oficiante em segundo grau opinou em seu parecer pelo acolhimento da preliminar de inépcia da denúncia em relação ao delito de tráfico de drogas, uma vez que a descrição do elemento subjetivo é imprescindível à tornar a inicial acusatória apta a ser recebida, pelo que entendeu que deveria declarar a nulidade do processo desde o recebimento da denúncia, devendo o ministério público oferecer outra denúncia. Opinou ainda pelo desprovimento do recurso do ministério público, não cabendo ao promotor de justiça incluir na nova denúncia a acusação de associação para o tráfico e de porte ilegal de arma que já teriam sido julgados. Quanto à violação domiciliar, a procuradora de justiça entendeu que teria não havido violação da Constituição, uma vez que era caso de flagrante de delito permanente.

Passemos, então, antes de tratar do julgamento pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a abordar a questão



da busca e apreensão sem mandado, tanto o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, como a solução dada para o caso concreto.

### 3. A busca e apreensão com violação de domicílio no tráfico de drogas na visão do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 603.616, julgou o tema da constitucionalidade da violação domiciliar para busca e apreensão no caso de tráfico de drogas.

A repercussão geral foi admitida (tema 280) e o voto condutor do ministro Gilmar Mendes fundamentou-se na impossibilidade de que a autoridade policial e seus agentes pudessem violar domicílios em busca de drogas, como ocorreu na invasão do Complexo do Alemão no Rio de Janeiro, fato expressamente referido pelo relator.

Gilmar Mendes, após fazer uma abordagem sobre as previsões a respeito da inviolabilidade domiciliar no direito estrangeiro, nos tratados sobre direitos humanos e nas sucessivas Constituições brasileiras, fez questão de chamar atenção para o problema das violações nas comunidades mais vulneráveis.

Citou expressamente o relato do Secretário de Segurança do Rio de Janeiro, José Mariano Beltrame, que em tom de orgulho confessou terem os policiais por ele comandado violado mais de 30 (trinta) mil (!) residências no Complexo do Alemão, o que gerou o problema do “espólio de guerra”, ou seja, o furto de bens das residências pelos policiais que executaram as violações.

Com isso, Gilmar Mendes, expressando entendimento de que a Constituição, em seu inciso XI do art. 5º não veda a violação de domicílio, sem mandado, em caso de flagrante delito, propôs que o controle judicial sobre a legalidade da violação seja realizado *a posteriori*, ocasião em que o magistrado deverá analisar se antes da violação domiciliar estavam presentes os requisitos – fundadas razões – que autorizariam a autorização da medida na forma do art. 240, §1º, do Código de Processo Penal. *In verbis*:

Assim, voltando ao exemplo da droga mantida em depósito em residência, se o policial obtém, mediante denúncia anônima, a informação de que a droga está naquela casa,

não poderá pedir mandado judicial, porque ninguém se responsabilizou validamente pela declaração – art. 5º, IV, CF. No entanto, poderá forçar a entrada na casa e fazer a prisão em flagrante. Se, eventualmente, vier a ser indagado, poderá pretextar que soube da localização da droga por informações de inteligência policial. De qualquer forma, a solidez das informações que levaram ao ingresso forçado não é analisada.

Já afirmamos que essa solução é menos insatisfatória. Em consequência, resta fortalecer o controle *a posteriori*, exigindo dos policiais a demonstração de que a medida foi adotada mediante justa causa. Ou seja, que havia elementos para caracterizar a suspeita de que uma situação que autoriza o ingresso forçado em domicílio estava presente. O modelo probatório é o mesmo da busca e apreensão domiciliar – *fundadas razões*, art. 240, §1º, do CPP. Trata-se de exigência modesta, compatível com a fase de obtenção de provas.

A análise da legalidade e constitucionalidade da violação domiciliar sem mandado deve ser, segundo o voto de Gilmar Mendes, casuística, na medida em que só o caso concreto poderá dizer se os policiais que tomaram a decisão de ingressar sem autorização judicial prévia em residência e sem consentimento do morador, estavam diante de uma situação que pudesse ser considerada como *justa causa*.

De toda sorte, a despeito da proposta de avaliação casuística da validade da violação, o relator expressou alguns casos em que, na sua visão, não haveria justa causa para a violação domiciliar e entre elas incluiu as “denúncias anônimas” e as afirmações de “informantes policiais”:

Por outro lado, provas ilícitas, informações de inteligência policial – denúncias anônimas, afirmações de “informantes policiais” (pessoas ligadas ao crime que repassam informações aos policiais, mediante compromisso de não serem identificadas), por exemplo – e, em geral, elementos que não têm força probatória em juízo não servem para demonstrar a justa causa.

Para Gilmar Mendes, que fique claro, a verificação *a posteriori* não se faz da mesma forma que Guilherme de Souza Nucci propõe, ou seja, não se fará uma análise da legalidade da violação domiciliar pelo resultado, no sentido de que se houve apreensão de droga a

violação está justificada pelo flagrante de crime permanente, mas o que se propôs foi uma verificação *a posteriori* dos motivos que ensejariam a autorização para violação domiciliar diante dos elementos informativos de que dispunha antes do ingresso em domicílio e da apreensão da droga.

Isso permite que a defesa lance argumentos para impugnar a legalidade da violação domiciliar ainda que dela tenha havido apreensão de drogas na residência daquele que sofreu a ingerência policial sem mandado:

O fundamental é que se passa a ter a possibilidade de contestação de uma medida de busca e apreensão que deu resultados. Assegura-se à defesa a oportunidade de impugnar, em um processo contraditório, a existência e suficiência das razões para a medida. Ou seja, a validade da busca é testada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois.

O ministro Luiz Fux entendeu que como se tratava de caso de flagrante, o controle *a posteriori* deveria ser feito na audiência de custódia, tendo o relator incorporado a sugestão ao voto.

Porém, o ministro Ricardo Lewandowski expressou sua preocupação em primeiro lugar com o fato de que a audiência de custódia é muito breve, os juízes analisam a higidez do flagrante e depois a necessidade de que o preso responda ao processo nessa condição para converter o flagrante em preventiva ou colocá-lo em liberdade, não se analisa a materialidade e autoria, muito menos a licitude do objeto apreendido.

Em segundo lugar manifestou sua preocupação com a não advertência de responsabilização para os casos em que houver abuso na violação domiciliar, citando o exemplo da súmula 11 sobre o uso de algemas, em que deve haver uma justificativa por escrito para tal imposição.

O ministro Luiz Fux entendeu que seria possível compatibilizá-las e o ministro Teori Zavascki propôs uma redação para a tese.

O ministro Marco Aurélio Mello divergiu. Isso porque no caso concreto que se encontrava em julgamento, o relator negava provimento ao recurso por entender que estavam presentes os requisitos que configuravam a justa causa autorizadora da violação domiciliar. O ministro Marco Aurélio, no entanto, entendeu que no caso concreto não havia situação de flagrante, mas delação de corrêu. Para ele um carregamento de drogas foi interceptado e a pessoa que transportava, presa, indicou quem teria lhe pago para realizar a atividade, portanto,

o crime de tráfico de drogas, no caso concreto, teria se exaurido naquela apreensão, não configurando a continuação da situação de flagrante que ensejasse a violação domiciliar realizada. Por isso votou divergente dando provimento ao recurso e não votou com a tese.

Todavia, por maioria a tese foi aprovada com o seguinte teor:

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados

O entendimento foi que após a violação de domicílio e a busca e apreensão, a autoridade policial deve justificar sua ação, expressando quais seriam as fundadas razões que a fizeram concluir estar havendo flagrante delito e decidir pelo ingresso no domicílio sem buscar uma prévia autorização judicial.

#### 4. A peculiaridade do caso e sua solução

Em primeiro lugar cabe esclarecer uma importante sucessão de datas até agora não esclarecida. O juiz proferiu sentença no dia 24/09/2014. O ministério público de segundo grau apresentou seu parecer em 17/06/2015. No Recurso Extraordinário nº 603.616 o Plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu a decisão em 05/11/2015. O julgamento da apelação no caso exposto neste trabalho ocorreu em 03/12/2015, antes da publicação do inteiro teor do Acórdão do referido Recurso Extraordinário, que só ocorreu em 10/05/2016.

A apelação foi apreciada pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O relator, desembargador Cairo Ítalo França David deixou de apreciar a primeira preliminar de inépcia da denúncia porque acolhia a segunda, o que na prática é mais favorável à defesa porque implicaria na absolvição e não da anulação do processo a partir do recebimento da denúncia.

Neste ponto cumpre esclarecer que nossa arguição de nulidade tinha dois pontos de relevo.

O primeiro era que a permissão concedida pela Constituição para ingresso nas casas sem mandado em caso de flagrante delito, ou seja,

a relativização da inviolabilidade não se estendia aos casos de crimes permanentes apenas em razão da natureza do tipo. A exceção constitucionalmente prevista precisa, a nosso juízo, ser interpretada restritivamente, sob pena de ferir o núcleo essencial do direito fundamental.

Com isso, não se quer dizer que não seja possível a violação domiciliar em casos de flagrante delito sem mandado, mas que isso somente pode ocorrer naqueles casos em que o estado de flagrância decorre de perseguição em que o sujeito perseguido se abrigue em sua própria casa ou no domicílio de outra pessoa para circunstancialmente fugir à prisão, de situação ostensiva em que se possa ver, ouvir ou constatar de fora da casa que em seu interior está sendo praticado um crime, ou no caso extremo em que se demonstre que não havia tempo para obter uma autorização judicial prévia.

Neste último caso teríamos o segundo ponto de relevo. É que além da necessidade de demonstração da inviabilidade concreta de se obter uma autorização judicial prévia à violação, faz-se necessário que estavam presentes todos os requisitos legais para obter a autorização judicial. Em outras palavras, seria necessário que o magistrado exercesse um juízo *a posteriori*, considerando a situação de fato e de direito *a priori*.

No caso concreto, não estariam presentes nenhum dos elementos necessários a afastar a busca pela autorização judicial prévia.

Em primeiro lugar porque não foi exposto qualquer motivo que demonstrasse a imprescindibilidade da violação domiciliar naquele exato momento e não algumas horas depois, quando poderia ter-se obtido a autorização judicial prévia.

Em segundo lugar porque não satisfaz os requisitos legais para autorizar a busca e apreensão domiciliar a mera existência de uma “denúncia anônima” ou a informação prestada por um “informante que não quer se identificar” sem nenhum outro elemento de convicção aliado a essa informação não rastreável.

Em terceiro lugar, segundo os policiais militares, a informação que eles receberam não era de que o acusado A. guardava drogas em sua casa, mas de que o mesmo era traficante. Observe que ser traficante não implica guardar a droga em sua casa, pois a informação não era sobre a posse ou o armazenamento de material, mas sobre o desenvolvimento de uma atividade ilícita.

O entendimento da 5ª Câmara Criminal do Rio de Janeiro foi no sentido de que não deve prevalecer o entendimento de que nos

crimes permanentes é cabível a violação domiciliar amparada pela permissão constitucional. Para o órgão colegiado a razão de ser da previsão constitucional é possibilitar que a autoridade policial impeçam a prática delituosa. Para isso é necessário ter certeza de sua prática, não sendo suficiente para essa exigência de certeza uma notícia anônima.

Com isso, a 5ª Câmara Criminal, por maioria, decidiu que a apreensão das drogas com violação de domicílio foi realizada fora do permissivo constitucional e, portanto, configuravam prova ilícita e deveriam ser expurgados do processo, não havendo mais prova que embasasse a decisão condenatória, pelo que o acusado A. foi absolvido.

O voto divergente afastava a violação de domicílio adotando a posição majoritária na jurisprudência, que entende ser caso de flagrante a autorizar a violação de domicílio sem mandado por se tratar de crime permanente.

## 5. Conclusão

Não há dúvida de que o projeto da Unidade de Polícia Pacificadora foi um empreendimento que, no discurso oficial, se prestava a pacificar áreas da cidade do Rio de Janeiro supostamente dominadas pelo crime organizado, em geral, pelo tráfico de drogas.

A UPP da Cidade de Deus foi a segunda a ser instalada, o que se deu em 16/02/2009. O objetivo declarado era, após a pacificação, criar um ambiente de cidadania na área de atuação da UPP.

Em tese isso se faz por um programa inicialmente chamado de UPP Social, hoje Rio+Social, coordenado pelo Instituto Pereira Passos, executado a partir de 2011 pela Prefeitura do Rio de Janeiro e a ONU-Habitat, o Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos. Os três principais objetivos do programa são (1) contribuir para a consolidação do processo de pacificação e a promoção da cidadania local nas áreas ocupadas; (2) promover o desenvolvimento urbano, social e econômico destas regiões; (3) efetivar a integração plena dessas áreas ao conjunto da cidade<sup>9</sup>.

Este não é um trabalho sociológico, mas de natureza jurídica, com viés criminológico, portanto, cabe-nos verificar a que ponto a UPP impactou a vida da comunidade no que respeita às estatísticas criminais.

<sup>9</sup> Disponível em <http://www.riomaisocial.org/programa/>. Acessado em 04.07.2016.

O sociólogo Ignacio Cano desenvolveu pesquisa sobre o impacto das UPPs no Rio de Janeiro, com o nome “‘Os Donos do Morro’: uma avaliação exploratória do impacto das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) no Rio de Janeiro”<sup>10</sup>, publicado em maio de 2012. Apesar de muito contestado<sup>11</sup>, o estudo traz importantes dados.

Apenas para o interesse específico deste trabalho, cabe dizer que o número de mortes violentas (diminuição de até 60%), roubos (diminuição de 25% a 40%) e de ocorrências de crimes de drogas (diminuição de até 65%) no entorno da Cidade de Deus teve uma diminuição sensível após a instalação da UPP, ao passo em que o número de ocorrências de crimes de drogas dentro da Cidade de Deus aumentou (os números disponíveis para esse dado são de todas as UPPs e não apenas da Cidade de Deus e registra um aumento de quase o triplo de ocorrências).

Em entrevista concedida à emissora de televisão Alemã *Deutsche Welle* em 25/04/2014, data próxima à ocorrência analisada no presente estudo, Cano afirmou que “*hoje o principal desafio da UPP é que a população dessas áreas perceba que a polícia está lá para proteger os moradores e não controlá-los. É conseguir que a comunidade que mora lá perceba a polícia como uma força ao seu favor e não contra*”<sup>12</sup>.

Discordamos dessa conclusão. Muito antes de conseguir a adesão da população, cabe perceber que o projeto das UPPs não mudou a estratégia militar da ocupação territorial, ao contrário, a implementou. Não desenvolveu uma relação harmoniosa e cidadã com os moradores, mas os reprimiu. Não garantiu os direitos fundamentais da população carente, os reduziu ao máximo em prol da eficácia das invasões.

Não é difícil verificar pelo próprio relato do Secretário de Segurança do Estado do Rio de Janeiro, José Mariano Beltrame, a respeito das invasões às residências dos moradores da comunidade quando da invasão ao Complexo do Alemão. “*Verificamos praticamente*

<sup>10</sup> Disponível em <http://www.lav.uerj.br/docs/rel/2012/RelatUPP.pdf>. Acessado em 04.07.2016.

<sup>11</sup> O lançamento do livro foi objeto de protestos pelos alunos do Centro Acadêmico de História da UERJ e o pesquisador chegou a ser chamado fascista, inviabilizando o evento. Disponível em <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/10/lancamento-de-livro-sobre-upps-e-interrompido-por-protesto-contra-pm.html>. Acessado em 04.07.2016.

<sup>12</sup> Disponível em <http://www.brasil247.com/pt/247/favela247/137816/Ignacio-Cano-e-a-relação-entre-UPP-e-moradores.htm>. Acessado em 04.07.2016.

*uma a uma, as cerca de 30 mil residências e todos os becos da região, à procura de drogas, armas e bandidos. Só depois de executada essa varredura foi que consideramos a área segura*”<sup>13</sup>, confessou Beltrame, reduzindo o direito à inviolabilidade de domicílio constitucional à cláusula morta.

Portanto, não há dúvida que a polícia pacificadora executa uma estratégia de violação de direitos fundamentais e as estatísticas terminam por validar o empreendimento, aumenta o número de apreensões de drogas com violações domiciliares dentro das comunidades carentes, diminui o número de crimes letais, roubos e de drogas no seu entorno. Dada a característica ocupação urbana da cidade do Rio de Janeiro em que as “favelas” estão no seio das ocupações de classe média e não na periferia, a UPP conferiu uma sensação de segurança (e de fato conferiu maior segurança) à classe média, às custas da redução de garantias da população carente.

Não há, portanto, como concordar com Cano ao afirmar que o desafio é que a população perceba que a polícia está nas comunidades para proteger os moradores, porque os moradores que a UPP protege já perceberam, trata-se da classe média carioca.

De igual modo não concordamos com o Supremo Tribunal Federal ao autorizar a busca e apreensão com violação domiciliar *a posteriori* pelo juiz. Por óbvio que estabelecer a obrigação de que a autoridade policial fundamente a justa causa para executar a diligência sem autorização judicial prévia já é um avanço, mas muito tímido diante das graves violações que se assacam contra a população carente. Faltou, ao menos, deixar claro que o fundamento, ainda que expressos *a posteriori*, deve contemplar a existência dos requisitos *a priori* (antes de realizada a diligência) que autorizariam a execução da violação domiciliar e a urgência impeditiva da obtenção prévia de uma ordem judicial.

## Referências

AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da Prova e Cultura Punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2014.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Prueba y convicción judicial en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

<sup>13</sup> BELTRAME, José Mariano. **Todo dia é segunda-feira**. Rio de Janeiro: Sextante, 2014.

# Constatações sobre a política repressiva antidrogas: Seletividade penal e falácia do bem jurídico saúde pública

28

Décio Franco David<sup>1</sup>  
Gustavo Trento Christoffoli<sup>2</sup>

## 1. Introdução

Não deixa de ser um truísmo, um senso comum, hoje em dia, afirmar que a atual política de drogas é um verdadeiro fracasso. Isso porque seja a nível nacional ou internacional<sup>3</sup>, longe de resolver qualquer dos problemas a que se propõe, a política atual serve, em verdade, para agravá-los: segundo dados do Infopen<sup>4</sup>, a população carcerária brasileira saltou de 175.908 (cento e setenta e cinco mil, novecentos e oito) presos em 2005, para a quantia de 548.003 (quinhentos e quarenta e oito mil e três) presos em dezembro de 2012, chegando à marca de 607.731 (seiscentos e sete mil e setecentos e trinta e um) presos em junho de 2014.

Se considerarmos exclusivamente os dados referentes à política de drogas, temos que, no ano de 2005, 32.880 (trinta e dois mil,

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Coordenador do curso de Bacharelado em Direito e Professor de Direito Penal da Faculdade Santa Amélia (SECAL). Professor Colaborador de Estágio de Prática Forense Penal da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Colunista do site Justificando. Advogado.

<sup>2</sup> Mestrando em Direitos Humanos e Democracia junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Membro do Núcleo de Direito Cooperativo e Cidadania. Advogado.

<sup>3</sup> O cunho essencialmente repressivo pouco muda quando o assunto é política de drogas, salvo exceções pontuais (que felizmente vêm crescendo) em relação à *cannabis*.

<sup>4</sup> BRASIL. **InfoPen – Dados Consolidados 2008**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>> Acesso em: 19 de agosto de 2013.

ARMENTA DEU, Teresa. **A prova ilícita: um estudo comparado**. Tradução Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

BADARÓ, Gustavo. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BELTRAME, José Mariano. **Todo dia é segunda-feira**. Rio de Janeiro: Sextante, 2014.

CANO, Ignacio (Coord.). **‘Os Donos do Morro’: uma avaliação exploratória do impacto das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) no Rio de Janeiro**. Disponível em <http://www.lav.uerj.br/docs/rel/2012/RelatUPP.pdf>. Acessado em 04.07.2016.

GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, Luiz Gustavo. **Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JESUS, Francisco Marcolino de. **Os meios de obtenção da prova em processo penal**. 2a ed. Coimbra: Almedina, 2015.

NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

PITOMBO, Cleunice Bastos. **Da busca e apreensão no processo penal**. 2a ed. São Paulo: RT, 2005.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo penal constitucional**. 4a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de. **Provas no Processo Penal**. 2a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOARES, Paulo. **Os meios de obtenção da prova no Âmbito das Medidas Cautelares e de Polícia**. Coimbra: Almedina, 2014.

VALENTE, Júlia. **UPPs: Governo Militarizado e a ideia de pacificação**. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

WHYTE, William Foote. **Sociedade de Esquina: a estrutura social e uma área urbana pobre e degradada**. tradução Maria Lúcia de Oliveira. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

ZACCONE, Orlando. **Indignos de Vida**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

\_\_\_\_\_. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

oitocentos e oitenta) pessoas foram presas pela prática de algum dos verbos contidos no *caput* do art. 33 da Lei 11.343/06. Já em junho de 2014 chega-se ao expressivo número de 66.3131 (sessenta e seis mil e trezentas e treze) pessoas presas por envolvimento em atividades de traficância [55.920 (cinquenta e cinco mil e novecentas e vinte) pessoas presas pelo artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 (tráfico), 7.655 (sete mil e seiscentas e cinquenta e cinco) pessoas encarceradas por associação para o tráfico, (delito previsto no art. 35 da alusiva lei) e 2.738 (duas mil e setecentas e trinta e oito) pessoas presas por tráfico internacional (artigos 33 e 40, inciso I da referida lei)].

O enorme crescimento da população carcerária em geral salta aos olhos, especialmente em relação àqueles condenados que se envolveram, de algum modo, com substâncias ilícitas.

Apesar de ser um problema em si mesmo, o processo de grande encarceramento<sup>5</sup> levado a cabo na atualidade poderia ser – por uma perspectiva utilitarista – tolerável se (e apenas se) a “guerra contra as drogas”<sup>6</sup> estivesse surtindo qualquer efeito positivo. Não é o que acontece, pois a política proibicionista “vem destruindo vidas e espalhando violência, mortes, prisões, estigmas, doenças, sem sequer obter qualquer resultado significativo em seu declarado objetivo de erradicar ou reduzir a circulação das selecionadas drogas tornadas ilícitas”<sup>7</sup>. O modelo proibicionista-punitivo tem por fundamento dois pilares, um de forte cunho moral-religioso que defende a abstinência como conduta padronizada frente aos entorpecentes e outro de vertente higienista que defende como modelo ideal de sociedade aquela livre de drogas<sup>8</sup>. Evidentemente, uma perspectiva de controle penal baseada em tais pilares proporcionará efeitos devastadores.

<sup>5</sup> PAVARINI, Massimo e GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal**: uma introdução crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 11-12.

<sup>6</sup> Termo introduzido inicialmente pelo presidente norte-americano Richard Nixon.

<sup>7</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Drogas, é preciso legalizar**. Law Enforcement Against Prohibition, maio de 2012. Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/textos>>. Acesso em: 20 de agosto de 2013. Segundo a autora, “Após cem anos da globalizada proibição com os 40 anos de “guerra às drogas”, o resultado visível é que as substâncias proibidas foram se tornando mais baratas, mais potentes, mais facilmente acessíveis e mais diversificadas”. (KARAM, Maria Lúcia. *Loc. cit.*)

<sup>8</sup> RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e Redução de Danos**: Análise crítica no âmbito das ciências criminais. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal)

Toda a dor causada por prisões, mortes e injustiças em geral, relacionadas às drogas, em nada<sup>9</sup> afetaram o normal funcionamento deste mesmo mercado<sup>10</sup>. Diante da eloquência desses fatos, o que geralmente se faz é trazer à tona, a respeito da política repressiva atual, o velho bordão do *ruim com ela, pior sem ela*. Mas uma análise racional, que não se deixe levar pelo medo do desconhecido – que não raro nos impede de progredir –, mostra que o temor não tem razão de ser.

A partir dessas premissas, e constatado o nível de fracasso em seus objetivos proclamados<sup>11</sup>, faz-se necessário grande esforço para tentar compreender *como e por que* essa política ganha cada vez mais força, como, por exemplo, na forma de inovações legislativas que procuram aumentar ainda mais a pena mínima para o crime de tráfico de drogas<sup>12</sup>.

Em relação aos altos níveis de encarceramento produzidos como consequência da política antidrogas, pode-se afirmar, ao menos em

Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 20.

<sup>9</sup> Poder-se-ia objetar que apreensões de grande monta realizadas pela polícia retiram do mercado quantidades consideráveis de substâncias, que causariam problemas de saúde à população. Tudo o que fazem as apreensões, entretanto, é elevarem o preço de outros carregamentos, para fins de reposição do lucro temporariamente perdido, como manda a lei da oferta e da procura. Trata-se, afinal, de uma mercadoria como outra qualquer – exceto pelo fato de ser criminalizada.

<sup>10</sup> “Guerra, mortes, prisões em nada afetam o fornecimento das drogas tornadas ilícitas. Patrões e empregados das empresas produtoras e distribuidoras, mortos ou presos, logo são substituídos por outros igualmente interessados em acumular capital ou necessitados de trabalho. Por maior que seja a repressão, as oportunidades de trabalho e de acumulação de capital subsistirão enquanto estiverem presentes as circunstâncias sócio-econômicas favorecedoras da demanda que impulsiona o mercado. Onde houver demanda, sempre haverá oferta. A realidade não pode deixar de obedecer às leis da economia. As artificialmente criadas leis penais não têm o poder de revogar as naturais leis econômicas. A proibição do desejo simplesmente não funciona” (KARAM, Maria Lúcia. *Loc. cit.*).

<sup>11</sup> Nesse sentido, CARVALHO, Salo de. Política de Drogas: Mudanças e Paradigmas (Nas trincheiras de uma Política Criminal com Derramamento de Sangue: Depoimento sobre os Danos Diretos e Colaterais Provocados pela Guerra às Drogas). **Revista EMERJ**, v. 16, n. 63 (Edição Especial). Rio de Janeiro, out.-dez./2013, p. 46-69; EDITORIAL. Sobre Drogas e Preconceitos. **Boletim IBCCRIM**, ano 20, edição especial: 20 anos, São Paulo: IBCCRIM, out/2012, p. 01.

<sup>12</sup> Projeto de Lei nº 7663, de 2010, de autoria do Deputado Federal Osmar Terra (PM-DB-RS). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483808>>. Acesso em: 09 de abril de 2014. Se a atual reprimenda mínima é cinco anos, o projeto de lei propõe que sejam oito (inacreditavelmente, seria uma pena maior do que a de homicídio simples), com a clara finalidade de evitar que as penas sejam fixadas inicialmente no regime aberto ou semi-aberto.

uma primeira e superficial análise, que a falta de clareza nos parâmetros utilizados para classificar os que serão condenados como *usuários* ou como *traficantes* deve ser levada em conta. É que a legislação não possui um critério reitor da interpretação que o magistrado deverá fazer, mas sim alguns parâmetros, tais como a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação etc<sup>13</sup>.

Nesse sentido, falta no ordenamento jurídico brasileiro regulamentação *objetiva* referente à *quantidade* de droga que poderia ser considerada para classificar a conduta como consumo ou tráfico. E aqui, frise-se, a objetividade é fundamental na medida em que serve para impedir o arbítrio dos agentes do sistema penal (sejam eles policiais, delegados, promotores de justiça ou juízes) no momento da classificação jurídica do fato<sup>14</sup>.

Todas as circunstâncias acima citadas, como a falta de objetividade da lei, favorecem enormemente a atuação de *metarregras punitivas*<sup>15</sup> (valoração de indicadores sociais negativos de pobreza, desemprego, marginalização, etc<sup>16</sup>) por parte do responsável pela classificação jurídica do fato. Trata-se, em verdade, de verdadeiro pressuposto para se compreender a seletividade de todo sistema penal como um todo. Seguindo o que foi anteriormente dito, o problema da criminalização

<sup>13</sup> Conforme art. 42, Lei 11.343/2006.

<sup>14</sup> “Coube à UNB, em parceria com a UFRJ, por meio de especialistas, verificar quem, como e quando era processado por tráfico de drogas. A constatação final foi a seguinte: (i) pobres eram mais condenados do que ricos e suas penas eram mais altas; (ii) negros estavam mais representados do que brancos no cometimento de crimes de tráfico pelo principal fato de serem negros; (iii) a discriminação social era permanente na esfera da Justiça desses Estados (algo que ocorre em todo o Brasil). Quem era pobre/negro era visto como traficante. Quem era branco de classe média era visto como usuário. Assim a rotulação individual acabava produzindo criminosos, conforme as representações sociais assim o determinassem. Traficantes não eram traficantes, mas aqueles que pareciam traficantes” (EDITORIAL. Consagração da cultura punitiva. **BOLETIM IBCCRIM**, ano 18, n. 220. São Paulo: IBCCRIM, mar./2011, p. 1). Em igual sentido, SOUZA, Aknaton Toczek. **Perigo à Ordem Pública: Um estudo sobre controle social perverso e segregação**. 2015. 134. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, p. 56 e ss;

<sup>15</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 101-106.

<sup>16</sup> SANTOS, Juarez Cirino Dos. **Direito Penal**. Parte Geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 29.

das drogas é um dos que mais contribui para a superlotação do sistema carcerário nacional. Mas não foi sempre assim. Segundo Maria Lúcia Karam, as drogas são usadas desde os primórdios da humanidade, sendo que a proibição de algumas substâncias psicoativas só aparecem em nível global a partir do século XX<sup>17</sup>.

E é a partir dessa premissa que se faz necessário compreender a gênese histórica da proibição, aliada, naturalmente, à incontestável seletividade do sistema penal, que acaba por servir como forma de controle das *underclasses*. Assim, a vinculação dos conceitos de “proibição” (da produção e circulação das substâncias tornadas ilícitas) e de “seletividade” (do sistema penal) é fundamental para compreender o problema. Afinal, não se trata verdadeiramente de uma proibição em geral, mas sim uma proibição que se dirige muito especificamente a pessoas de classes sociais bem determinadas. Sobre a seletividade, Eugênio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista pontuam que o sistema penal opera como um filtro seletivo de pessoas, o qual capta a vulnerabilidade individual com a correspondência ao estereótipo criminal<sup>18</sup>, isto é, “o estado de vulnerabilidade será mais alto ou mais baixo consoante a correspondência com o estereótipo for maior ou menor”<sup>19</sup>.

## 2. A criminalização das drogas serve a quem?

A respeito da imprecisão com que a Lei de Drogas trabalha a questão da imputação (e que abre margem para *metarregras punitivas*), existem alternativas, que, conquanto não sejam as ideais – *legalização*

<sup>17</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Drogas, é preciso...**, p. 1. No mesmo sentido, SABADELL, Ana Lucia; ELIAS, Paula. Breves Reflexões sobre a Política Internacional de Drogas: o Papel das Nações Unidas. In: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal no Terceiro Milênio: Estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 219.

<sup>18</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – teoria geral do Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 47.

<sup>19</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Loc. cit.* Nesse sentido, Heleno Claudio Fragoso já afirmava que “A identificação de criminoso e marginal resulta do fato de serem atingidos pela justiça substancialmente os pobres e desfavorecidos, que enchem as prisões e que constituem a *clientela* do sistema. O Direito penal é, realmente, direito dos pobres, não porque os tutela e protege, mas porque sobre eles, exclusivamente, faz recair a sua força e o seu dramático vigor” (FRAGOSO, Heleno Claudio. **Direito Penal e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 03).

da produção, do comércio e do consumo de todas as drogas —, possivelmente evitariam a ocorrência de casos de prisões tecnicamente errôneas, o que traria maior segurança jurídica, e em última instância, aliviaria o sofrimento das inúmeras pessoas condenadas injustamente: assim como já ocorre em alguns países europeus<sup>20</sup>, há a possibilidade de que uma quantia seja definida como limítrofe para consumidores e comerciantes, como ocorre na Dinamarca (cuja legislação considera como quantidade para consumo dez gramas de maconha), Finlândia, (cuja legislação considera como quantidade para consumo quinze gramas, também, de maconha) e Bélgica (a qual limita a quantidade de três gramas para consumo da mesma droga).

A grande fragilidade desses sistemas que descriminalizam o consumo reside na incoerência de não permitirem a comercialização livre das drogas. Como entender que uma mercadoria possa ser comprada, mas ao mesmo tempo não possa ser vendida?

Deve-se deixar claro que não se ignora, certamente, a possibilidade de fracionamento da droga por parte dos vendedores com o objetivo de se passar por usuário. Esse risco não justifica, porém, a total ausência de uma *presunção relativa* que poderia ser afastada no caso concreto<sup>21</sup>, desde que presentes, obviamente, outros elementos que atestem o dolo da mercancia.

Como ótimo exemplo de pesquisa empírica no campo de política criminal de drogas, pode-se citar o livro da criminóloga Vera Malaguti Batista<sup>22</sup>, que leva a cabo uma série de levantamentos sobre a realidade dura da juventude pobre carioca que se vê fortemente controlada pelas políticas proibicionistas que tentam, em vão, suprimir a demanda pelo consumo de drogas. Ignoram, entretanto, que as leis da demanda e da oferta não podem ser artificialmente subjugadas por leis penais<sup>23</sup>: enquanto houver possibilidades de altos lucros (e

<sup>20</sup> Cf. EMCDDA. **Illicit drug use in the EU: legislative approach**. Lisbon: EMCDDA, 2005, p. 24-26. Disponível em: <<http://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index10079EN.html?>>. Acesso em: 09 de abril de 2014.

<sup>21</sup> NUPECRIM (Núcleo de Pesquisa em Criminologia e Política Penitenciária do Estado do Paraná): **Sobre a quantidade de drogas para uso ou tráfico e a necessidade de regulamentação**. Disponível em: <[http://www.justica.pr.gov.br/arquivos/File/nupecrim/RELATORIO\\_II\\_NUPECRIM.pdf](http://www.justica.pr.gov.br/arquivos/File/nupecrim/RELATORIO_II_NUPECRIM.pdf)>. Acesso em: 06 de novembro de 2013.

<sup>22</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis Ganhos Fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

<sup>23</sup> KARAM, Maria Lucia. **Drogas, é preciso...**, p. 2.

ressalte-se: uma mercadoria colocada na ilegalidade tem seu preço aumentado exponencialmente), unida à demanda, haverá vendedores<sup>24</sup>. E é como mercadoria que devem, afinal, serem tratadas todas as substâncias hoje ilícitas, como afirma Fernando Rojas H.:

**Uma vez tratadas como mercadorias e inseridas no modo de produção capitalista, maconha e cocaína perdem muito de seu significado e de seu mistério.** Certamente o cunho de ilegalidade que as envolve lhes dá características especiais dentro do mundo mercantil: repentina rotação nos locais de produção, fragilidade dos canais de distribuição, enormes magnitudes de vendas e de movimentos de dinheiro, elevados índices de lucro, financiamento (pré-avaliação) subreptícia, maiores riscos de quebra devido à pré-avaliação e à pseudo-avaliação, reinserção vedada nos círculos transnacionais do dinheiro e do capital.<sup>25</sup> (grifo nosso)

É, também, conhecimento plenamente sedimentado na literatura crítica a afirmação de que um processo de *rotulação* é levado a cabo pelas agências oficiais de controle, processos esses que sempre recaem sobre os mesmos estratos sociais<sup>26</sup>. Tornando-se imprescindível questionar, dessa forma, e a partir das reflexões trazidas pelo *labeling approach*, o porquê de a imagem social do *traficante* corresponder ao morador de favela<sup>27</sup>.

Nesse particular, os interacionistas produziram um corpo teórico que revoluciona a maneira de se enxergar as condutas tidas como criminosas: às perguntas alienadas, de cunho etiológico (que buscam a causa) da conduta da traficância, como por exemplo, “por quê sujeitos traficam?”, “como se tornam traficantes?”, “como combater o tráfico?”, os criminólogos e criminólogas de matriz crítica opõe “quem é definido como traficante?”, “que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?”, e acima de tudo, “**quem define quem?**”<sup>28</sup>. É nesse sentido a explicação de Vera Malaguti Batista:

<sup>24</sup> “Quando um serviço ou bem é vendido e existe demanda, a proibição nunca poderá abolir o comércio” (SABADELL, Ana Lucia. ELIAS, Paula. *Op. cit.*, p. 230).

<sup>25</sup> Fernando Rojas H. Prefácio. IN: OLMO, Rosa Del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1988, p. 18.

<sup>26</sup> D’ELIA FILHO, Orlando Zaccane. **Acionistas do nada: Quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

<sup>27</sup> Nesse sentido, demonstrando a inclinação da esfera judiciária a tal pensamento: EDITORIAL. Consagração da Cultura Punitiva. *Loc. cit.*

<sup>28</sup> BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 88.



O estereótipo do bandido vai se consumando na figura de um jovem negro, funkeiro, morador de favela, próximo do tráfico de drogas, vestido com tênis, boné, cordões, portador de algum sinal de orgulho ou poder e de nenhum sinal de resignação ao desolador cenário de miséria e fome que o circunda. A mídia, a opinião pública destacam o seu cinismo, a sua afronta. São camelôs, flanelinhas, pivetes e estão por toda parte, até em supostos arrastões na praia. Não merecem respeitabilidade, podem ser espancados, linchados, exterminados ou torturados. Quem ousará incluí-los na categoria cidadã estará formando fileiras com o caos e a desordem, e será também temido e execrado. Existe alguma coisa de novo nesta configuração simbólica da crise urbana brasileira? Ou historicamente se reproduz todo o processo de formação de nossas cidades: concentração de descendentes de ex-escravos nas tarefas informais que um mercado de trabalho excludente e aviltador vem criando através dos tempos? <sup>29</sup> (grifo nosso)

Para que fosse justo, o critério de rotulação não poderia se ater à renda do sujeito, deste modo poderia ser igualmente imposto ao “jovem universitário”, que pode muito bem praticar – e, em muitos casos, certamente pratica – as mesmas condutas típicas descritas na lei 11.343/06<sup>30</sup>. Igualmente, impera-se questionar, o porquê da utilização dos termos “traficante” e “tráfico”, essas palavras são carregadas por um apelo retórico, midiático, vazio, que por tantas vezes inocentemente utilizamos e acabamos por contribuir com a reprodução do estereótipo<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos...*, p. 36.

<sup>30</sup> Novamente, Heleno Claudio Fragoso demonstrava estar à frente de seu tempo: “A experiência demonstra que as classes sociais mais favorecidas são praticamente imunes à repressão penal, livrando-se com facilidade, em todos os níveis, inclusive pela corrupção. Os habitantes dos bairros pobres é que estão na mira do aparato policial-judiciário repressivo e que, quando colhidos, são virtualmente massacrados pelo sistema” (FRAGOSO, Heleno Claudio. *Op. cit.*, p. 03).

<sup>31</sup> Nesse sentido, KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/textos>>. Acesso em: 22 de novembro de 2013; BATISTA, Nilo. BATISTA, Vera Malaguti. “Todo Crime é Político”. **Caros Amigos**. Rio de Janeiro, p. 28 – 33, 01 ago. 2003. Entrevista concedida a Hugo R.C. Souza, Luciana Gondim, Maurício Caleiro, Paula Grassini, Rodolfo Torres e Sylvia Moretzsohn, p. 20.

A consequente construção feita pela mídia da imagem do traficante como um ser (anti)social, perigoso, se apoia enormemente no fato de se tratarem de pessoas extremamente vulneráveis, desvalorizadas, e que por isso não têm como oferecer resistência à atribuição de preconceitos decorrentes de classe social, estética e etnia<sup>32</sup>. Faz-se necessário considerar, outrossim, a importante influência que poderes políticos e econômicos têm sobre o processo de *escolha* (altamente discricionária, e portanto autoritária) das substâncias que serão, a partir de certo momento, criminalizadas.

O processo de escolha citado reflete a necessidade de se controlar determinados grupos sociais<sup>33</sup> que não se mostram úteis ao mercado de consumo e que, portanto, seriam descartáveis no processo de produção da vida social. É o que muito bem explica Orlando Zaccone, ao expor a falsa ideia, enormemente difundida e acreditada pela população em geral, de que as drogas envolvem *grandes traficantes*, fortemente armados e sem piedade de seus inimigos. E a realidade não poderia ser mais diferente: a vasta maioria dos presos por esse delito são pequenos varejistas, que nada têm a oferecer senão sua liberdade de ir e vir, utilizada, enfim, para o transporte das substâncias que serão comercializadas. São esses pequenos varejistas (assim como aqueles que praticam crimes contra o patrimônio) que sempre são objetos da indignação moral promovida pelos meios de comunicação<sup>34</sup>, e propagados principalmente pela classe média. São, enfim, o “bode expiatório útil para *esconder* (e justificar) problemas sociais reais”<sup>35</sup>.

A realidade em si é bastante distinta do que preza o imaginário construído por tal proposta: enquanto as classes mais abastadas utilizam primordialmente seus condomínios e apartamentos fechados para a prática de atos ilícitos (tais como a venda/compra e/ou uso de drogas), as classes baixas o fazem nas ruas, isto é, em espaço público:

O espaço em que se opera a venda de drogas ilícitas na Zona Sul e Barra da Tijuca é completamente distinto de

<sup>32</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Op. cit.*, p. 46.

<sup>33</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Op. cit.*, p. 105.

<sup>34</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 3. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008, p. 17.

<sup>35</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Loc. cit.*

outras regiões, como Jacarepaguá, Bangu e Bonsucesso. Os grandes pontos de venda de drogas ilícitas na Barra, por exemplo, se localizam em áreas residenciais de acesso privado, como apartamentos e condomínios, espaços onde a polícia não tem entrada franqueada. Imagine a proposta de se policiarem ostensivamente as entradas e saídas dos grandes condomínios da Avenida das Américas para “combate” ao tráfico de drogas!<sup>36</sup> (grifo nosso)

A decorrência lógica é que uns ficam mais vulneráveis e desprotegidos que outros (como se já não bastassem fatores suficientes de criminalização dirigidos aos *mesmos de sempre*). Alie-se ao fato de que as residências das regiões periféricas urbanas se encontram praticamente excepcionadas da garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio, os poucos espaços privados das camadas populares se mostram ainda mais vulneráveis à vigilância promovida pelas agências de controle.

E junto a todos esses fatores que contribuem para a marginalização social de grande parte da população brasileira, a política criminal do Estado brasileiro, na contramão de uma política incluyente e socialmente responsável, é, como afirma Juarez Cirino dos Santos, uma política penal (e tão somente penal): “No Brasil e, de modo geral, nos países periféricos, a política criminal do Estado exclui políticas públicas de emprego, salário, escolarização, moradia (...)”<sup>37</sup> que seriam capazes de aumentar os níveis de qualidade de vida da população e, conseqüentemente, reduzir a taxa de crimes estritamente vinculados às necessidades materiais, tais como o furto famélico.

A triste realidade, descrita acima, assume contornos de verdadeiro desastre em países subdesenvolvidos como o Brasil. É sintoma disso o fato de que o Congresso Nacional sistematicamente propõe novos projetos de lei, aumentando penas ou criando novos crimes<sup>38</sup>, na vã tentativa de resolver complexos problemas sociais com canetadas legislativas repressivas: não conseguem fugir da ilusão transmitida pelo

<sup>36</sup> D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Op. cit.*, p. 19.

<sup>37</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...*, p. 419.

<sup>38</sup> Como bem definiu Nilo Batista, o Estado primeiro inventa para depois combater o crime (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 21).

sistema penal, que se autoapresenta como um bom solucionador de conflitos, sempre baseado na míope visão maniqueísta representada pela ideologia da defesa social, esmiuçada por Baratta<sup>39</sup>.

Nessa toada, verifica-se que a sustentação ideológica da política repressiva perpassa por fortes discursos sediciosos, os quais se adéquam às necessidades e modificações dos interesses do grupo opressor<sup>40</sup>.

Em verdade, a punição de condutas pela esfera penal é construída sempre sobre o embasamento da danosidade social e dos mecanismos de controle. Assim, os “movimentos político-criminais têm seu fundamento relacionado com a reação contra a conduta desviada”<sup>41</sup>. A danosidade social pode ser determinada por três critérios<sup>42</sup>: a) ética social; b) funcionalidade das condutas; e, c) pelo bem jurídico atingido. Certamente, diante destes três o único que se amolda aos anseios de uma sociedade democrática é o do bem jurídico<sup>43</sup>.

No entanto, ainda que existam inúmeras críticas acerca da dificuldade de adoção de um conceito seguro para o que deve ser entendido enquanto bem jurídico<sup>44</sup>, principalmente sobre a necessidade de se delimitar um conceito político criminal ou optar por um meramente legalista<sup>45</sup>, continua ele a ser o critério mais seguro para

<sup>39</sup> BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 42.

<sup>40</sup> Salo de Carvalho elenca três modelos (Ideologia da Defesa Social, Ideologia da Segurança Nacional e os Movimentos de Lei e Ordem) (CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/96. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 83 e ss).

<sup>41</sup> KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito Penal Constitucional e Exclusão Social*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2010, p. 70.

<sup>42</sup> BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 72-73.

<sup>43</sup> Em decorrência do curto espaço do presente estudo, para análise detalhada das críticas aos outros dois critérios remete-se à leitura de BUSATO, Paulo César. *Loc. cit.*

<sup>44</sup> Demonstrando o problema de forma completa, DAVID, Décio Franco; ZAMBIAZI, Larissa Horn. O papel do bem jurídico e a estrutura do delito no Sistema Penal. In: BUSATO, Paulo César. *Fundamentos do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 43-70; DAVID, Décio Franco; ZAMBIAZI, Larissa Horn. Ofensividade, Bem jurídico e Conteúdo Material da imputação. In: BUSATO, Paulo César. *Teoria do Delito*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 71-92.

<sup>45</sup> Sobre o tema, GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord). *Novos rumos do Direito Penal Contemporâneo*: Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 401-426.

apuração do conteúdo material do injusto, razão pela qual torna-se imprescindível analisar qual é o bem jurídico tutelado no discurso proibicionista-punitivo das drogas.

### 3. O artifício retórico do bem jurídico "saúde pública"

Um dos pontos essenciais, que se refere à própria sustentação de toda a política proibicionista, se baseia no argumento de que o bem jurídico a ser protegido corresponde à saúde pública<sup>46</sup>. Esse argumento é retórico e não se amolda à correta interpretação do objeto que se busca tutelar, até mesmo pelo fato de induzir a equivocada concepção de que o crime é de dano<sup>47</sup>.

De acordo com a doutrina de Luís Greco não é possível conceber falsos bens jurídicos coletivos, como a saúde pública, principalmente por eles legitimarem sanções absurdas<sup>48</sup> e esconderem déficits de legitimidade de antecipações da tutela penal<sup>49</sup>.

Além disso, não se tem como aceitar que ao "defender" a saúde pública se esteja tutelando cada pessoa de forma individual, pois tal argumento é facilmente refutado pela esfera de liberdade do modo de agir e de ser de cada pessoa.

Desta forma, compreende-se que a saúde pública seja, propositalmente, um conceito impreciso, destinado a servir como argumento de autoridade (em seu sentido mais totalitário). Afinal, um mínimo de lucidez é suficiente para perceber que os danos causados pela

<sup>46</sup> Por todos, JESUS, Damásio de. **Lei antitóxicos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 10 e ss.

<sup>47</sup> JESUS, Damásio de. *Op. cit.*, p. 16.

<sup>48</sup> Nas palavras do autor: "Primeiramente, vemos a criticabilidade da proibição, que tutela um bem jurídico individual mesmo contra a vontade de seu titular. E com isso *abrimos as portas para uma interpretação teleológica restritiva do tipo*: este tipo só deverá aplicar-se caso a vontade do titular do bem jurídico seja juridicamente irrelevante, por estar viciada de erro, por ser ele doente mental, menor, louco ou inculpável por qualquer outro motivo. O segundo problema deste bem jurídico coletivo é legitimar a *sanção absurda*, pois se o tráfico de tóxico nada mais é do que uma conduta que gera um perigo abstrato de lesão à integridade física, esta conduta não pode sofrer pena mais grave do que a do respectivo crime de lesão, no caso as lesões corporais. (GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 12, n 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-ago/2012, p. 114-115).

<sup>49</sup> GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade"..., p. 117.

atual forma de combate às substâncias tornadas ilícitas são muito superiores aos danos que a atual política pretende proteger. Para isso, basta imaginar "a surpresa de um pesquisador que um dia comparar o número de pessoas mortas pelas drogas, por overdose, debilitação progressiva, ou qualquer outro motivo, com o número de pessoas mortas pela guerra às drogas"<sup>50</sup>.

A imprecisão do conceito de saúde pública enquanto bem jurídico<sup>51</sup> serve de pretexto para ampliação das prisões, das mortes, da violação às normas garantidoras de direitos fundamentais, isto é, serve à guerra, propriamente dita<sup>52</sup>. A realidade comprova que "mais do que proteger a saúde, a intervenção do sistema penal causa sim danos e perigo de danos a essa mesma saúde que enganosamente anuncia pretender proteger"<sup>53</sup>.

Ademais, como não é lógico – se considerados os objetivos proclamados da política de drogas – ministrar uma maior dose de um remédio que sabidamente piora o estado da doença, não faz sentido continuar com uma tentativa de solução (penas privativas de liberdade) de um problema que acaba por agravá-lo, como ocorre atualmente com a política repressiva.

<sup>50</sup> BATISTA, Nilo. "Política Criminal com derramamento de sangue" *in: Discursos Sediciosos*, nº 5/6. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 77.

<sup>51</sup> Nesse sentido são pontuais as observações de Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Noronha de Ávila: "uma crítica às incriminações constantes da Lei de Drogas a partir da perspectiva da teoria do bem jurídico deve, primeiramente, demonstrar que a incriminação daquelas condutas – sob a ótica da tutela de bens individuais – não respeita o princípio da autonomia e expressa a opção do legislador por um inadmissível paternalismo penal (especialmente no caso do art. 28). E deve também demonstrar que essa intervenção punitiva não tem qualquer possibilidade de êxito, do ponto de vista da prevenção, para alcançar a proteção pretendida" (...) "sob o enfoque da tutela de um bem jurídico coletivo, deve operar precisamente para a desconstrução daqueles comumente apontados como legitimadores da intervenção penal – saúde pública, segurança pública, paz pública –, seja porque não possuem qualquer realidade existencial (são vazios, estéreis), seja porque representam a soma de bens jurídicos individuais" (CARVALHO, Érika Mendes de Ávila, Gustavo Noronha de. *Falsos Bens Jurídicos e Política Criminal de Drogas: Uma Aproximação Crítica. Anais do I Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Universidad Complutense de Madrid*, v. 10. Madrid: Ediciones Laborum, 2015, p. 146-147).

<sup>52</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Drogas, é preciso...**, p. 7. No mesmo sentido, Gustavo Noronha de Ávila e Érika

<sup>53</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Drogas, é preciso...**, p. 7.

Se seu objetivo fosse realmente a proteção da saúde pública, não existiria proibição. Verifica-se extremamente contraproducente o efeito colateral das leis penais criminalizantes, que terminam por excluir totalmente do poder público qualquer tentativa de controle de qualidade sobre as substâncias:

Com a intervenção criminalizadora do Estado, o mercado das drogas tornadas ilícitas é entregue a agentes econômicos que, atuando na clandestinidade, não estão sujeitos a quaisquer limitações reguladoras de suas atividades. Nesse ponto, já se pode constatar um dos maiores paradoxos da proibição: **a ilegalidade significa exatamente a falta de qualquer controle sobre o supostamente indesejado mercado. São os criminalizados agentes que decidem quais as drogas que serão fornecidas, qual seu potencial tóxico, com que substâncias serão misturadas, qual será seu preço, a quem serão vendidas e onde serão vendidas. Os maiores riscos à saúde daí decorrentes são evidentes.**<sup>54</sup> (grifo nosso)

E se as dúvidas sobre o grau de proteção ao “bem jurídico” saúde pública ainda podem ser razoáveis no crime de tráfico de drogas, não se pode falar o mesmo em relação ao crime de consumo. Isso porque uma conduta que não afeta absolutamente nenhum bem jurídico de terceiros e que está completamente amparada pelo livre-arbítrio, não pode(ria) ser criminalizada, constituindo verdadeira intromissão paternalista do Estado na esfera de decisão de indivíduos adultos e capazes. É oportuno ressaltar a lógica paradoxal do sistema que não considera crime a autolesão corporal e o suicídio ou suas tentativas por vias tradicionais, mas criminaliza a autolesão produzida pelo consumo de drogas.

A política paternalista, em linhas gerais, ocorre quando o Estado ou uma pessoa “trata alguém como se fosse um pai ditando as regras a uma criança”<sup>55</sup>. O comportamento paternalista “demonstra

<sup>54</sup> KARAM, Maria Lúcia. *Loc. cit.*

<sup>55</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo Jurídico-Penal**. Tese (Doutorado em Direito Penal). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 99. Em respeito ao trabalho do autor, desde já é ressaltado que o conceito de paternalismo exige uma análise de inúmeros critérios, os quais foram profundamente tratados por Marinelli em seu trabalho doutoral ao qual é feita a devida remissão (p. 100-115).

uma preocupação com o bem-estar da pessoa e a presunção de que esta escolha é a melhor”<sup>56</sup>. Em outras palavras, o paternalismo traz em si uma estrutura de se preocupar com o agente, porém, essa preocupação é baseada na incapacidade de tomada de decisões boas/certas da pessoa sobre a qual recai tal preocupação, ou seja, já que a pessoa não é capaz de escolher o melhor para si, o Estado ou outra pessoa escolherá. Exemplos históricos demonstram como ela pode ser prejudicial à sociedade e, conseqüentemente, às relações jurídicas, merecendo menção a proibição da prática da capoeira<sup>57</sup>.

Esse mecanismo atua diretamente na esfera de autonomia e liberdade individuais, motivo pelo qual é possível afirmar que o paternalismo é a usurpação do direito de escolha individual, baseado em fundamentos de cunho protecionista, mas que podem ter efeitos penais. Por tal motivo, são encontradas discussões sobre a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343 (Recurso Extraordinário 635659), em razão do dispositivo violar diversas garantias constitucionais, dentre elas a da vida privada, a intimidade, além de ferir o princípio da lesividade, caro a qualquer direito penal que se pretenda democrático.

Nesse sentido, existem decisões verdadeiramente inovadoras, provindas da vanguarda do pensamento crítico brasileiro, que declararam a atipicidade e a inconstitucionalidade do crime de consumo de drogas, as quais foram proferidas pelos magistrados Maria Lucia Karam<sup>58</sup> e Gerivaldo Alves Neiva<sup>59</sup>.

Observa-se, também, que até mesmo insuspeitas vozes conservadoras (ultra-liberais/anarcocapitalistas, ou simplesmente direita libertária<sup>60</sup>), tais como Milton Friedman e Ludwig von Mises são

<sup>56</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, p. 99-100.

<sup>57</sup> Sobre o assunto, REALE JÚNIOR, Miguel. Paternalismo no Brasil. In: **Revista Brasileira de Filosofia**, vol. LVI, n. 227. São Paulo, jul-set/20078, p. 287-319.

<sup>58</sup> Sentença disponível em: <[http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/jurisprudencia/13\\_Posse\\_drogas\\_uso\\_pessoal.pdf?1286477441](http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/jurisprudencia/13_Posse_drogas_uso_pessoal.pdf?1286477441)>. Acesso em: 06 de novembro de 2013.

<sup>59</sup> Sentença disponível em: <[http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/jurisprudencia/42\\_atipicidade%20drogas%20-%20Gerivaldo%20Neiva.pdf?1338246918](http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/jurisprudencia/42_atipicidade%20drogas%20-%20Gerivaldo%20Neiva.pdf?1338246918)>. Acesso em: 06 de novembro de 2013.

<sup>60</sup> Utiliza-se aqui, como base para fins de definição de orientação política, o site *Political Compass*. Tal portal eletrônico cria a distinção entre quatro eixos de pensamento político: Esquerda Libertária, Esquerda Autoritária, Direita Libertária e Direita Autoritária. Material disponível em: <<http://www.politicalcompass.org/analysis2>>. Acesso em 06 de novembro de 2013.

favoráveis à descriminalização de todas as drogas, justamente com base no argumento de que o Estado não pode, em hipóteses alguma, dizer ao cidadão o que fazer, pena de ferir de morte a liberdade individual: “Ao se abolir a liberdade de um homem em determinar o seu próprio consumo, todas as outras liberdades já estão, por definição, abolidas.”<sup>61</sup> É que os libertários têm tanta aversão ao Estado que nada seria mais natural do que retirá-lo de sua atuação intervencionista (porque proibicionista) no campo das drogas, ressaltando-se que não se adota no presente trabalho o posicionamento político desses últimos autores citados. Porém, reconhece-se a colaboração de sua postura, como bem pondera Maria Lúcia Karam,

Setores ditos “conservadores” que verdadeiramente se posicionem no sentido da legalização da produção, do comércio e do consumo de todas as drogas, naturalmente, devem ser muito bem-vindos. Todas as forças que se disponham a lutar para obter essa conquista fundamental para o bem-estar da humanidade, certamente, devem ser recebidas com entusiasmo. Posicionando-se verdadeiramente pela legalização da produção, do comércio e do consumo de todas as drogas poderão até ser “conservadores” em alguns temas, mas estarão demonstrando um compromisso com a liberdade e com o bem-estar das pessoas que deve ser saudado.<sup>62</sup>

Assim é que se conclui que as pautas comuns podem e devem ser aproveitadas, ainda que se tratem de movimentos e ideários de mundo completamente diversos. Se os anseios forem de liberdade, não há problemas.

“Paradoxo dos paradoxos”, também, é o fato de que nem uma palavra é proferida pelos proibicionistas em favor da criminalização da substância que mata mais de 6 (seis) milhões de pessoas no mundo por ano<sup>63</sup>: o tabaco. Da mesma maneira, o álcool que é conhecido

<sup>61</sup> “Mises explica a guerra às drogas”. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1722&comments=true>>. Acesso em 06 de novembro de 2013.

<sup>62</sup> Entrevista ao Coletivo Desentorpecendo a Razão (Coletivo DAR). Disponível em: <<http://coletivodar.org/2010/06/entrevista-especial-de-aniversario-maria-lucia-karam/>>. Acesso em: 22 de novembro de 2013.

<sup>63</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION (*Organização Mundial da Saúde*): **Report On The Global Tobacco Epidemic**, 2013, p. 13-14. Disponível em:

como agente causador de inúmeros acidentes automobilísticos que acarretam a perda de milhares de vidas, além dos próprios problemas de alcoolemia, também é igualmente “esquecido”. Diante desse quadro, o mínimo que se poderia esperar daqueles favoráveis a proibição é que mantivessem um mínimo de coerência teórica, e passassem a batalhar também pela criminalização das drogas atualmente lícitas que causam, sob a óptica proibicionista levantada, comprovadamente, danos de grandes proporções à sociedade, não restando motivos para que continuassem na legalidade.

Assim, como se pode perceber,

A criminalização se baseia na distinção arbitrariamente efetuada entre as selecionadas drogas tornadas ilícitas (como a maconha, a cocaína, ou a heroína) e as outras substâncias de similar natureza que permanecem lícitas (como o álcool, o tabaco, ou a cafeína). **Uma arbitrária diferenciação entre as condutas de produtores, comerciantes e consumidores de umas e outras drogas é então introduzida** – umas constituindo crime e outras perfeitamente legais –, em clara violação ao princípio da isonomia, ao postulado da proporcionalidade e, assim, à própria cláusula do devido processo legal em seu aspecto substancial.<sup>64</sup> (grifo nosso)

Nessa esteira, e exatamente a partir da constatação de que as drogas – todas, sem distinções arbitrárias criadas e difundidas pelas leis proibicionistas – podem exercer efeitos consideravelmente negativos sobre uma dada sociedade, que organizações como a LEAP (*Law Enforcement Against Prohibition*)<sup>65</sup> deixam expresso em suas declarações de princípios a preocupação com o abuso das drogas:

A LEAP não promove o uso de drogas e tem profundas preocupações com a extensão do abuso de drogas por todo o mundo. A LEAP também se preocupa de forma igualmente profunda com o destrutivo impacto da violência de

<[http://www.who.int/tobacco/global\\_report/2013/en/](http://www.who.int/tobacco/global_report/2013/en/)>. Acesso em: 09 de abril de 2014.

<sup>64</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Drogas, é preciso...**, p. 2.

<sup>65</sup> Organização sem fins lucrativos composta exclusivamente por agentes do sistema penal (policiais, promotores de justiça, juízes, delegados etc.) que abertamente são contra a política proibicionista, e conseqüentemente propugnam por um modelo de legalização da produção, do comércio e do consumo de todas as drogas.

gangues e cartéis em todas as partes do mundo. **A atual política de proibição das drogas não resolve nenhum desses problemas. Na realidade, o abuso de drogas e violência das gangues florescem no ambiente proibicionista, da mesma forma que floresceram durante a proibição do álcool.**<sup>66</sup> (grifo nosso)

Entretanto, reconhecem, ao mesmo tempo, que a proibição é um mal em si mesmo, além de ser perfeitamente evitável e superável<sup>67</sup>, ao contrário do faraônico e inconcretizável plano de pôr fim às substâncias tornadas ilícitas – por meio do direito penal.

Alessandro Baratta discorre sobre o fenômeno das drogas separando seus efeitos em primários e secundários<sup>68</sup>: os efeitos, ou consequências primárias seriam aqueles próprios da utilização das substâncias entorpecentes, tais como adição, vícios ao organismo, à saúde mental, etc. Já os efeitos secundários seriam os provenientes da interferência do sistema penal na questão das drogas, com todos os problemas que com ele carrega, tais como a estigmatização (decorrente da condenação – reação social formal –, ou da maneira pela qual a sociedade passa a enxergar o usuário de drogas, com todos os adjetivos negativos possíveis – reação social informal). A tese central de qualquer crítico à política de drogas é justamente a de que os efeitos secundários provindos da utilização de substâncias ilícitas são muito maiores, paradoxalmente, do que os efeitos primários, e que portanto a atual política não tem motivos – declarados – para se sustentar.

Salo de Carvalho divide, portanto, as consequências advindas da intervenção do sistema penal na questão das drogas em quatro âmbitos<sup>69</sup>: individuais: consumidores e dependentes; sistema penal e carcerário; sistemas educacional e assistencial; e sistema econômico (mercado).

Os efeitos da estigmatização, que fortemente recaem sobre usuários e dependentes, são, como acima dito, brutais. E uma das

<sup>66</sup> Princípios da LEAP. Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/missao/principios>>. Acesso em: 13 de setembro de 2013.

<sup>67</sup> Vide, por exemplo, a recente política de regulamentação da produção, compra e venda da maconha no Uruguai, ou em alguns estados norte-americanos.

<sup>68</sup> BARATTA, Alessandro, 1989 *apud* CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 240.

<sup>69</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 241.

decorrências disso é fazer com que se isolem em pequenos grupos (que não pouco frequentemente adentram em subculturas criminais), na tentativa de se verem, de certa forma, protegidos. “A visão patologizada dos consumidores deflagrada pelo sistema penal produz seu isolamento e sua rotulação, impedindo qualquer tipo de escuta diversa da policialesca<sup>70</sup>”.

O principal efeito da criminalização da questão das drogas é fazer com que o dependente fuja de qualquer apoio que deveria procurar, caso não houvesse reações sociais formais e informais tão negativas. Correm o risco de serem criminalizados, afinal. Foi com o reconhecimento de que as reações belicistas contribuem ainda mais para o agravamento do problema, que determinadas políticas de saúde começaram a disponibilizar locais onde dependentes pudessem utilizar heroína<sup>71</sup>, tudo no intento de evitar infecções e transmissões, de doenças infecto-contagiosas, tais como HIV, através de resquícos de sangue presentes em seringas compartilhadas pelos usuários.

Já em relação ao sistema de saúde, a política de proibição também causa sérios danos, na medida em que o dependente somente poderá se recorrer das casas de assistência se conseguir escapar das agências criminalizadoras. É paradoxal pensar que as políticas atuais de tratamento de dependentes só funcionam na medida em que a política repressiva não tenha funcionado. Do contrário, estariam respondendo a processos criminais, seja como incurso no artigo 28 ou no artigo 33 da Lei 11.343/2006.

É nesse sentido que se começou a pensar em uma política diferente, que, antes de qualquer coisa, não fosse penal; que não se pautasse pela repressão, pelo medo, pela condenação moral e consequente (e impraticável) abstinência: a política de redução de danos. Essa nova forma de encarar o fenômeno das drogas tem a vantagem de apreender toda a complexidade (histórica, cultural, social), que o tema traz, não se deixando levar por maniqueísmos baratos (“drogas são más”; “por um mundo livre de drogas” etc.),

<sup>70</sup> CARVALHO, Salo de. *Loc. cit.*

<sup>71</sup> Nesse sentido, a cidade de Santos inovou ao distribuir seringas para o consumo por meio de políticas de redução de danos. Contudo, o Ministério Público insurgiu-se de forma contrária (MARTINS, Lucia. SP pode distribuir seringas em agosto: Secretaria está negociando com Ministério Público para viabilizar projeto de prevenção entre usuários de drogas. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 15 de julho de 1997).

mas sim reconhecer que o cidadão usuário de drogas é “sujeito de direitos, protagonista das reivindicações de seu contexto social e responsável pela implementação das modificações necessárias para a melhoria de sua vida pessoal e relacional”<sup>72</sup>. Em uma sociedade que levasse a política de redução de danos a sério, ter-se-ia modelos de venda semelhantes ao que existem para remédios tarja preta hoje em dia<sup>73</sup>: vendedores específicos e licenciados (*licensed druggists*) venderiam conteúdos contendo as drogas específicas, como cocaína. Seriam criadas listas de classificação de substâncias, a depender de seu grau de perigosidade, e um cadastro interligado seria criado entre as farmácias, de modo a proibir que alguém compre uma quantidade acima do estipulado por lei<sup>74</sup>.

O debate pós-proibição exige, certamente, outro trabalho, mas suas linhas gerais podem ser sintetizadas na existência de, basicamente, dois modelos operacionais de venda de substâncias alteradoras de consciência. São projetos para a tão falada *legalização das drogas*: a legalização estatizante e a liberal<sup>75</sup>. Sob o manto da primeira (legalização estatizante), o Estado seria o controlador efetivo do trânsito das mercadorias, desde a sua produção até seu consumo. E sob o manto da segunda (liberal), o Estado agiria sob a forma de agências reguladoras e como supervisor do processo (posição passiva, portanto)

Já na vigência da proibição, percebe-se claramente que seus custos são, em seus dois sentidos, fortemente negativos. Salo de Carvalho<sup>76</sup> os aponta como sendo a variação dos preços das substâncias e os altíssimos custos da manutenção do aparato repressivo.

Em relação ao preço, constata-se que quem mais tem a ganhar com a sustentação do atual sistema é quem lucra com ele: os donos dos cartéis, no México, e os donos de bocas e líderes de organizações criminosas, no Brasil, por exemplo. Entre quem não lucra diretamente, mas auferir ganhos, podem ser citados as agências de controle

<sup>72</sup> RIBEIRO, Maurides de Melo. *Op. cit.*, p. 38.

<sup>73</sup> RODLES, Steve. **The year is 2022 and drugs are legal...** Disponível em: <<http://transform-drugs.blogspot.com.br/2008/01/year-is-2022-and-drugs-are-legal.html>>. Acesso em: 7 de abril de 2014.

<sup>74</sup> RODLES, Steve. *Op. cit.*, p. 3

<sup>75</sup> RODRIGUES, Thiago. **Drogas, proibição e abolição das penas**. In: Curso livre de abolicionismo penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 144.

<sup>76</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 246.

e repressão às drogas, tais como o DEA americano, e o DENARC (Divisão Estadual de Narcóticos) brasileiro.

Por tal razão, verifica-se que o mais adequado seja a criação de políticas públicas e projetos legislativos a superarem a criminalização de entorpecentes, bem como propor mecanismos extrapenais ao problema.

Qualquer disposição em sentido contrário demonstra que combate ao narcotráfico dirime as fronteiras existentes entre as políticas de segurança e o Direito Penal, operando no sentido oposto do que deveriam, pois não servirão para deslegitimação da violência, mas servirá como instrumento legitimador do extravasamento e da perda do controle do poder<sup>77</sup>.

#### 4. Conclusões

1. É erro primário e demonstração de ingenuidade (ou má-fé) supor que o Direito Penal serve para defender a sociedade, como quer determinada parte da doutrina que parece sequer conhecer qualquer literatura criminológica básica.

2. A política de drogas (consubstanciada na guerra às drogas), como braço do sistema penal, é ilustrativa nesse sentido: sob o pretexto de combater substâncias, combate pessoas reais – provindas de determinadas classes sociais de baixa renda – pouco ou nada importando o fato de que são as classes sociais médias e altas que consomem 15 (quinze) vezes mais do que o resto da população.

3. A guerra às drogas é, em seus objetivos declarados, um completo fracasso: as drogas ilícitas se tornaram, com o passar dos anos, cada vez mais baratas, acessíveis e consumidas. Tudo ao custo de inúmeras mortes e prisões, e depois de despendidos bilhões de dólares visando “um mundo livre de drogas”. O falso bem jurídico saúde pública serve de instrumento paternalista para reforçar tal guerra.

4. Em países de capitalismo periférico, como o Brasil, o Sistema Penal tem uma orientação de classe muito bem delineada, o que por si só abala a certeza daqueles que sepultam qualquer tentativa crítica de interpretação da sociedade como ultrapassadas.

<sup>77</sup> CARVALHO, Salo de. A política de guerra às drogas na América Latina entre o Direito penal do inimigo e o Estado de exceção permanente. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord). **Novos rumos do Direito Penal Contemporâneo**: Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 624.

5. Deste modo, as medidas mais adequadas a superar os problemas derivados das políticas repressoras consiste na criação de políticas públicas e projetos legislativos a superarem a criminalização de entorpecentes, bem como adotar mecanismos extrapenais ao problema.

## Referências

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007

\_\_\_\_\_. "Política Criminal com derramamento de sangue" *in*: **Discursos Seduciosos**, nº 5/6. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

\_\_\_\_\_. BATISTA, Vera Malaguti. "Todo Crime é Político". **Caros Amigos**. Rio de Janeiro, p. 28 - 33, 01 ago. 2003. Entrevista concedida a **Hugo R.C. Souza, Luciana Gondim, Maurício Caleiro, Paula Grassini, Rodolfo Torres e Sylvia Moretzsohn**.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis Ganhos Fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BRASIL. **InfoPen – Dados Consolidados 2008**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>> Acesso em: 19 de agosto de 2013.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Érika Mendes de. ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos Bens Jurídicos e Política Criminal de Drogas: Uma Aproximação Crítica. **Anais do I Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Universidad Complutense de Madrid**, v. 10. Madrid : Ediciones Laborum, 2015, p. 132-155.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/96. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Política de Drogas: Mudanças e Paradigmas (Nas trincheiras de uma Política Criminal com Derramamento de Sangue: Depoimento sobre os Danos Diretos e Colaterais Provocados pela Guerra às Drogas). **Revista EMERJ**, v. 16, n. 63 (Edição Especial). Rio de Janeiro, out.-dez./2013, p. 46-69.

\_\_\_\_\_. A política de guerra às drogas na América Latina entre o Direito penal do inimigo e o Estado de exceção permanente. *In*: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord). **Novos rumos do Direito Penal Contemporâneo:**

Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 611-626.

DAVID, Décio Franco; ZAMBLIAZI, Larissa Horn. Ofensividade, Bem jurídico e Conteúdo Material da imputação. *In*: BUSATO, Paulo César. **Teoria do Delito**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 71-92.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. O papel do bem jurídico e a estrutura do delito no Sistema Penal. *In*: BUSATO, Paulo César. **Fundamentos do Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 43-70;

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: Quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

EDITORIAL. Consagração da Cultura Punitiva. *In*: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. ano 19, n. 220, São Paulo: IBCCRIM, mar/2011, p. 01.

\_\_\_\_\_. Sobre Drogas e Preconceitos. **Boletim IBCCRIM**, ano 20, edição especial: 20 anos, São Paulo: IBCCRIM, out/2012, p 01.

EMCDDA. **Illicit drug use in the EU: legislative approach**. Lisbon: EMCDDA, 2005, p. 24-26. Disponível em: <<http://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index10079EN.html?>>. Acesso em: 09 de abril de 2014.

FERNANDO ROJAS H. Prefácio. *IN*: OLMO, Rosa Del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1988.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Direito Penal e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal. *In*: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord). **Novos rumos do Direito Penal Contemporâneo:** Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 401-426.

\_\_\_\_\_. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 12, n 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-ago/2012, p. 89-147.

JESUS, Damásio de. **Lei antitóxicos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

KARAM, Maria Lúcia. **Drogas, é preciso legalizar**. Law Enforcement Against Prohibition, maio de 2012. Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/textos>>. Acesso em: 20 de agosto de 2013.

\_\_\_\_\_. **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/textos>>. Acesso em: 22 de novembro de 2013.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Direito Penal Constitucional e Exclusão Social**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2010.



MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo Jurídico-Penal**. Tese (Doutorado em Direito Penal). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MARTINS, Lucia. SP pode distribuir seringas em agosto: Secretaria está negociando com Ministério Público para viabilizar projeto de prevenção entre usuários de drogas. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 15 de julho de 1997.

NUPECRIM (Núcleo de Pesquisa em Criminologia e Política Penitenciária do Estado do Paraná): **Sobre a quantidade de drogas para uso ou tráfico e a necessidade de regulamentação**. Disponível em: <[http://www.justica.pr.gov.br/arquivos/File/nupecrim/RELATORIO\\_II\\_NUPECRIM.pdf](http://www.justica.pr.gov.br/arquivos/File/nupecrim/RELATORIO_II_NUPECRIM.pdf)>. Acesso em: 06 de novembro de 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. Paternalismo no Brasil. In: **Revista Brasileira de Filosofia**, vol. LVI, n. 227. São Paulo, jul-set/20078, p. 287-319.

RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e Redução de Danos: Análise crítica no âmbito das ciências criminais**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) Universidade de São Paulo. São Paulo.

RODLES, Steve. **The year is 2022 and drugs are legal...** Disponível em: <<http://transform-drugs.blogspot.com.br/2008/01/year-is-2022-and-drugs-are-legal.html>>. Acesso em: 7 de abril de 2014.

RODRIGUES, Thiago. **Drogas, proibição e abolição das penas**. In: Curso livre de abolicionismo penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

SABADELL, Ana Lucia; ELIAS, Paula. Breves Reflexões sobre a Política Internacional de Drogas: o Papel das Nações Unidas. In: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal no Terceiro Milênio: Estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 217-233.

SOUZA, Aknaton Toczek. **Perigo à Ordem Pública: Um estudo sobre controle social perverso e segregação**. 2015. 134. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná.

PAVARINI, Massimo e GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 3. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal**. Parte Geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (*Organização Mundial da Saúde*): **Report On The Global Tobacco Epidemic**, 2013, p. 13-14. Disponível em: <[http://www.who.int/tobacco/global\\_report/2013/en/](http://www.who.int/tobacco/global_report/2013/en/)>. Acesso em: 09 de abril de 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

### Sites de internet:

<http://www.politicalcompass.org>

<http://www.mises.org.br>

<http://coletivodar.org>

<http://www.leapbrasil.com.br>

# Da desclassificação do delito de tráfico de drogas para o consumo pessoal de entorpecentes:

Como o Poder Judiciário brasileiro tem lidado com a relação deste mecanismo processual penal em face das regras de competência?

29

*Daiane Ayumi Kassada<sup>1</sup>*  
*Luiz Henrique Bianchi Madera<sup>2</sup>*

## 1. Introdução

No ano de 2016 a Lei de Drogas – Lei n. 11.343/06 – completará dez anos de vigência. Durante esta primeira década em que a referida norma foi promulgada e entrou em vigor, diversas questões emblemáticas fomentaram intensas discussões doutrinárias e jurisprudenciais quanto à interpretação do seu teor.

Em face destas variadas controvérsias ventiladas ao longo destes dez anos, destaca-se a questão referente à desclassificação do delito de tráfico de substâncias entorpecentes capitulado no art. 33, *caput*<sup>3</sup> da Lei n. 11.343/06 para a infração penal de consumo pessoal de entorpecentes, positivada no art. 28<sup>4</sup> do mesmo diploma legal.

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Pós Graduada em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá. Advogada Criminalista. Membro Associada do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Pós Graduando pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. Estagiário de Pós-Graduação no Ministério Público do Estado do Paraná.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

Em especial, aponta-se a celeuma referente à competência para o processo e julgamento quando operada a desclassificação. Em outras palavras: é preciso verificar o modo como a Justiça Criminal tem lidado com esta hipótese, bem como os desdobramentos negativos de ordem processual que podem advir ao acusado quando da aplicação distorcida dos dispositivos mencionados.

Para tanto, selecionaram-se dois casos que foram objeto de julgamento pelo Poder Judiciário brasileiro, no bojo dos quais foram adotados posicionamentos, *data vênia*, equivocados, os quais, por consequência, prejudicaram o *status* do acusado inserido no âmbito do processo penal.

A pertinência do tema decorre de duas premissas básicas importantes: a) a competência para processo e julgamento do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput* da Lei n. 11.343/06) é da Justiça Comum, ao passo que a competência de julgamento do delito de consumo pessoal de substâncias entorpecentes (art. 28 da Lei n. 11.343/06) é conferida aos Juizados Especiais Criminais, a teor do que consigna o artigo 48, § 1º, da Lei de Drogas<sup>5</sup>; b) o momento processual em que se opera a desclassificação do crime de tráfico para o de consumo pessoal de drogas, bem como a ocorrência de prorrogação da competência da Justiça Comum ou o reconhecimento de incompetência desta em detrimento dos Juizados Especiais, o que leva à indagação qual seria a autoridade judiciária competente à aplicação das reprimendas previstas nos incisos I a III do art. 28 da Lei de Drogas quando operada a desclassificação pela Justiça Comum.

## 2. Breves considerações processuais penais e suas consequências práticas

Infere-se que o Código de Processo Penal possui dois dispositivos importantes aptos a incidirem nos casos de desclassificação que

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

<sup>5</sup> Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

podem, *a priori*, mostrarem-se contraditórios entre si. São os artigos 74, § 2º e 383, § 2º, *in verbis*:

Art. 74, §2º. Se, iniciado o processo perante um juiz, houver a desclassificação para infração de competência de outro, a este será remetido o processo, **salvo se mais graduada for a jurisdição do primeiro, que, em tal caso, terá sua competência prorrogada.** (grifo nosso)

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

§ 2º. **Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.** (grifo nosso)

De um lado, conforme se depreende da leitura do art. 74, § 2º, do Código de Processo Penal, uma vez iniciado um determinado processo perante o Juízo Comum tendo por objeto a imputação do delito de tráfico de drogas (art. 33, *caput* da Lei n. 11.343/06), mas após a instrução verificar-se que, em verdade, se está diante do crime de consumo pessoal de substâncias entorpecentes (art. 28 da Lei n. 11.343/06) – cujo processamento e julgamento cabem ao juiz atuante junto ao Juizado Especial Criminal, consoante previsão do art. 48, § 1º, da Lei de Drogas –, o magistrado lotado na Vara Criminal Comum teria sua competência prorrogada, haja vista que sua jurisdição é, em tese, mais graduada do que a do Juizado Especial Criminal. Com isso, poderia se chegar à conclusão de que o Juízo Comum seria competente para processar e julgar a infração do art. 28 da Lei n. 11.343/06 diante desta hipótese.

Por outro lado, considerando o teor no art. 383, § 2º do Código de Processo Penal, uma vez finda a instrução criminal que tramitou perante a Vara Criminal Comum para averiguação de imputação relativa ao crime de tráfico, caso o conjunto probatório reunido aponte que o agente incorreu na prática do delito tipificado no art. 28 – delito de menor potencial ofensivo, conforme consigna o art. 48, § 1º, da Lei de Drogas –, caberia ao magistrado prolatar decisão confirmatória da desclassificação, remetendo o feito ao Juizado Especial Criminal, juízo este competente para a continuação do processamento e julgamento do caso.

Neste ponto importa ressaltar que, em que pese a possibilidade prevista no estatuto processual penal quanto à prorrogação da competência do juízo detentor da jurisdição mais graduada, necessária se faz uma análise sistemática das normas processuais penais, uma vez que o Juizado Especial Criminal tem sua competência determinada em razão da matéria – processamento e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei 9.099/95<sup>6</sup>), quais sejam as contravenções penais e os delitos que a lei não comine pena máxima superior a dois anos –, e, por consequência, tal competência é absoluta, que, uma vez inobservada, gera nulidade insanável, sendo dever do magistrado reconhecê-la de ofício.

Feitas tais observações, passa-se ao exame de duas decisões selecionadas que foram proferidas pelo Poder Judiciário pátrio, nas quais se operou a desclassificação nos moldes acima delineados – do delito de tráfico de drogas para o de consumo pessoal de entorpecentes – e cujas implicações jurídico-processuais serão objeto de análise crítica.

### 3 . Análise do caso I

Trata-se de processo criminal que tramitou perante a 4ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Maringá, Estado do Paraná.

No caso em análise, o Ministério Público ofereceu denúncia em face de Maria da Silva<sup>7</sup> pela prática, em tese, do delito de tráfico de drogas (art. 33, *caput* da Lei n. 11.343/06) na data de 05 de julho de 2013. O magistrado competente citou e intimou regularmente a denunciada para apresentar defesa prévia, o fazendo nos termos do art. 55 da Lei n. 11.343/06. Posteriormente, recebeu a peça acusatória, designando a audiência de instrução e julgamento. A instrução processual transcorreu normalmente, sendo apresentadas, ao final, alegações finais pelo órgão acusador e pela defesa.

Ocorre que o magistrado, quando da prolação da sentença, analisando as provas colhidas no decorrer do feito, verificou que a acusada não teria praticado o delito de tráfico de drogas, mas, sim,

<sup>6</sup> Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

<sup>7</sup> Por opção dos autores, omitiu-se a identidade da acusada, cujo nome aqui apresentado é fictício.

o de consumo pessoal de entorpecentes. Com isso, sua decisão foi no sentido de desclassificar a conduta inicialmente imputada – tráfico de drogas – para aquela prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/06. Todavia, indo além da simples desclassificação, condenou a acusada nas penas do art. 28, tendo como fundamento o disposto no art. 383 do Código de Processo Penal (*emendatio libelli*), e tal decisão transitou em julgado para ambas as partes.

Com o trânsito em julgado da sentença condenatória pela prática do crime de consumo pessoal de entorpecentes (art. 28 da Lei n. 11.343/06), em ato posterior, emitiu-se a guia de execução para que a agora apenada pudesse realizar as condições de cumprimento da pena diversa da privativa de liberdade imposta.

Inconformada com as referidas condições, fixadas no âmbito de audiência admonitória, a condenada interpôs, por meio de seu defensor, agravo em execução para revisão de tais medidas, pleiteando que fossem menos onerosas. Em sede de retratação, o magistrado *a quo* manteve o édito condenatório em seus termos, tendo os autos sido encaminhados ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná para a devida apreciação do recurso interposto.

Recebido o feito pelo Tribunal, o relator sorteado se posicionou no sentido de que a análise do mérito recursal mostrou-se prejudicada, haja vista que constatou – a seu ver – que a sentença que desclassificou a conduta e condenou a acusada nas penas do art. 28 da Lei n. 11.343/06 era nula em sua integralidade. Sustentou que, em se tratando de crime de menor potencial ofensivo, a competência constitucional dos Juizados Especiais Criminais, nos termos do art. 98, inciso I, da Constituição Federal<sup>8</sup>, é absoluta. Com isso, reconheceu a nulidade absoluta da decisão proferida pelo Magistrado da 4ª Vara Criminal de Maringá, Estado do Paraná, determinando a remessa do processo ao Juizado Especial Criminal – aí sim – competente para apreciação da causa. Os demais desembargadores integrantes da Quarta Câmara Crimi-

<sup>8</sup> Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

nal do Tribunal de Justiça do Paraná seguiram o voto do relator integralmente.

Em apertada síntese, é o que se sucedeu no caso concreto que ora se analisa.

Passa-se, agora, ao exame das consequências processuais equivocadas – ou não – que podem ser extraídas do estudo do presente caso.

Verifica-se que o magistrado, na primeira instância, quando operou a desclassificação, ao invés de ter, simultaneamente, condenado a acusada nas penas previstas no art. 28 da Lei de Drogas com base no art. 383 do CPP, deveria ter remetido os autos para prosseguimento do processamento e julgamento perante o Juizado Especial Criminal, ante a competência absoluta deste, na esteira do que prevê o § 2º do mencionado artigo 383.

Eventualmente, considerando-se o art. 74, § 2º, do Código de Processo Penal, poderia se cogitar, a um primeiro olhar, hipótese de prorrogação de competência da Justiça Comum, por se tratar de jurisdição de maior graduação. Tal perspectiva, contudo, não deve prosperar, pois como já bem ressaltado, a competência dos Juizados Especiais Criminais é absoluta, pois que definida em razão da matéria.

Desta forma, pode se afirmar que a decisão do magistrado *a quo* teria extrapolado a competência que lhe é determinada, delimitada – ao máximo – à declaração da desclassificação, isto é, tal parte da decisão (reconhecimento da desclassificação) está em consonância com o sistema processual e procedimental brasileiro.

Todavia, a condenação da acusada como incurso nas penas do artigo 28 da Lei n. 11.343/06 constitui nulidade absoluta de tal parte da respeitável decisão. Isto porque, além de não ter competência para processar e julgar o referido delito de menor potencial ofensivo, o tipo penal em comento comporta os benefícios processuais despenalizadores, que obstam o processo e, por consequência lógica, uma sentença de mérito (condenatória ou absolutória) em face da acusada. Tais benefícios são o da transação penal e o da suspensão condicional do processo, possíveis de oferta à acusada desde que preenchidos os requisitos legais (vide o que dispõe os artigos 76 e 89, ambos da Lei n. 9.099/95).

Estes benefícios processuais, uma vez concedidos e devidamente cumpridos, extinguiriam a punibilidade da acusada sem

que tenha havido uma sentença meritória, não gerando, por consequência, qualquer efeito de fins penais (nota-se, v.g., que a extinção da punibilidade em razão dos benefícios não gera registro para fins de reincidência, sendo que, no caso concreto, a acusada fazia jus, pelo menos, à transação penal, pois não possuía condenação com sentença definitiva e não havia recebido a benesse legal em um período inferior a cinco anos, conforme exigências do art. 76, § 2º, da Lei n. 9.099/95).

Desta forma, quando o juízo em primeiro grau considerou prorrogada sua competência para condenar a acusada nas penas do art. 28 da Lei de Drogas, após realizada a desclassificação (sem ao menos oferecer os benefícios *favor rei* da Lei dos Juizados Especiais), e tendo a decisão condenatória transitado em julgado, esta passou a integrar os antecedentes criminais da imputada, criando efeitos penais para fins de reincidência criminal pelo período de cinco anos (art. 64, inciso I, do Código Penal) e, posteriormente a este período, a condenação poderá ser interpretada como *maus antecedentes*<sup>9</sup>, autorizando a exasperação da pena

<sup>9</sup> Vide o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça no que toca o conceito de *maus antecedentes*: PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DAVIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, I, DO CP. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. APLICADA A FRAÇÃO DE 1/6. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES DISTINTAS. NÃO CONHECIMENTO. 1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento. 2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena-base se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação das penas patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório. 3. Conquanto não se desconheça o conteúdo de recente decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, tomada por maioria de votos no HC 126.315/SP (julgado em 15.9.2015, Rel. Min. Gilmar Mendes, acórdão pendente de publicação), é de ver que o tema não está pacificado naquela Corte, sendo objeto de repercussão geral (RE 593.818). Nessa toada, e in casu, fica mantido o entendimento já pacificado por este Sodalício de que, mesmo ultrapassado o lapso temporal

base com fundamento nas circunstâncias judiciais da dosimetria da pena (art. 59 do Código Penal).

Neste sentido, é inarredável constatar a existência de manifestos prejuízos suportados pela acusada no presente caso, sendo impedida de exercer seu direito subjetivo ao benefício da transação penal, que por si só impediria a prolação de sentença de mérito em seu desfavor, não gerando qualquer efeito processual penal que dela pudesse decorrer.

Sendo assim, quanto à respeitável decisão proferida pelo magistrado de primeira instância no caso concreto, nota-se que este, ao reconhecer a existência da prática do delito de consumo pessoal de entorpecentes (art. 28 da Lei n. 11.343/06) em detrimento do delito de tráfico de drogas (art. 33, *caput* da Lei n. 11.343/06), deveria somente ter declarado sua incompetência para continuidade do processo e julgamento do feito, remetendo-o para o Juizado Especial Criminal, e não ter prosseguido na sentença de mérito, condenando a acusada pela prática de uma figura típica a qual não é constitucional e materialmente competente para tanto.

Ao ser encaminhado o processo ao Juizado Especial Criminal, este juízo, ante sua competência para apreciação dos autos, poderia: a) analisar o cabimento ou não de um benefício legal despenalizador (transação penal ou suspensão condicional do processo); b) incabível qualquer benesse processual, dar prosseguimento ao processo e julgamento do feito, observando o devido processo legal – garantia constitucionalmente atribuída a todos os jurisdicionados (art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal).

---

de cinco anos, podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes as condenações anteriores transitadas em julgado, nos termos do art. 59 do Código Penal. 4. É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Na espécie, o magistrado destaca que o paciente é reincidente e, por conseguinte, exaspera a pena em 1/6 (um sexto), o que não revela constrangimento ilegal. 5. Não há falar em bis in idem, no que diz respeito à primeira e segunda fases da dosimetria, tendo em vista que as condenações anteriores – utilizadas para valorar negativamente os antecedentes e caracterizar a agravante da reincidência – são distintas. 6. Habeas corpus não conhecido. (HC 356.274/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 24/06/2016) (grifo nosso)

Por fim, resta a análise do voto do Relator do recurso de agravo interposto, cujo teor foi endossado unanimemente pelos demais integrantes da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná.

O respeitável acórdão<sup>10</sup>, fundamentado nas razões do voto condutor, consistiu em decretar a nulidade absoluta<sup>11</sup> da sentença *a quo* em sua totalidade, pois que reconheceu a incompetência absoluta

<sup>10</sup> A decisão proferida pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná restou assim ementada: RECURSO DE AGRAVO – EXECUÇÃO PENAL – MEDIDAS ALTERNATIVAS APLICADAS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO EM VIRTUDE DE SENTENÇA PROLATADA POR JUÍZO DA VARA CRIMINAL QUE, APÓS A DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006 (TRÁFICO) PROFERE SENTENÇA CONDENATÓRIA PELO DELITO DO ART. 28 DA LEI Nº 11.346/2006 (PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL) – CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO – MATÉRIA DE COMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL – INTELIGÊNCIA DO ART. 98, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C ART. 48, § 1º, DA LEI Nº 13.343/2006 E ARTS. 60 E 61 DA LEI Nº 9.099/95 – DECRETAÇÃO, DE OFÍCIO, DA NULIDADE DA SENTENÇA PROLATADA PELO JUÍZO DA VARA CRIMINAL, POR INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA, COM DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS DA AÇÃO PENAL AO JUIZADO ESPECIAL DA COMARCA – DECRETAÇÃO DE NULIDADE DE OFÍCIO E POR ARRASTAMENTO DOS ATOS PRATICADOS NA EXECUÇÃO DA PENA – RECURSO DE AGRAVO PREJUDICADO. (TJPR, Agravo em Execução 1.455.179-4, Rel. Renato Naves Barcellos, 4ª Câmara Criminal, 19/04/2016).

<sup>11</sup> Para LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1166-1167, “Como regra das nulidades absolutas, a gravidade da atipicidade processual conduz à anulação do ato, independentemente de qualquer alegação da parte interessada, podendo ser reconhecida de ofício pelo juiz ou em qualquer grau de jurisdição. Sendo alegada pela parte, não necessita demonstração do prejuízo, pois manifesto ou presumido, como preferem alguns.”. Interessante destacar, ainda, que para o autor, descabe a visão das nulidades em geral como sanção processual. Isto porque, deve ser compreender, quanto às nulidades, que “(...) o objetivo é restaurar o princípio afetado e não restabelecer a forma por puro amor à forma. Quando um ato é realizado em desconformidade com o modelo legal, ele gera rico de ineficácia do princípio constitucional que naquela forma se efetiva, que deve ser aferida no caso concreto e, em caso de real lesão, deve a nulidade ser decretada, retirando-se os efeitos do ato defeituoso e repetindo-o, com vistas à ineficácia do princípio lesado”. (Cf. LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 1180). Com relação às nulidades processuais absolutas, insta ainda sublinhar os ensinamentos de Gustavo Henrique Badaró: “No processo penal há nulidade absoluta toda vez que for violada uma regra constitucional sobre o processo. As garantias constitucionais de conteúdo processual não devem ser vistas apenas sob a ótica individualista, como garantias das partes, mas como regras que asseguram o devido processo legal, sendo fator de legitimação da atividade jurisdicional, havendo evidente

do Juízo Comum para apreciação delito de consumo pessoal de entorpecentes. Neste passo, após a anulação do édito condenatório, foi ordenada a remessa do feito ao competente Juizado Especial Criminal.

Infere-se que o Relator, acertadamente, reconheceu e reafirmou a competência absoluta do Juizado Especial Criminal para processamento e julgamento dos delitos de menor potencial ofensivo, dentre eles o capitulado no art. 28 da Lei de Drogas. Contudo, mostra-se equivocada a decisão que decretou a nulidade absoluta da sentença em sua integralidade.

Isto porque, anulando totalmente a sentença proferida pelo juízo *a quo*, quando do recebimento dos autos pelo Juizado Especial Criminal, verificar-se-á que a denúncia ofertada pelo Ministério Público não imputa à acusada a prática, em tese, de um delito de menor potencial ofensivo, mas sim narra a prática – em tese – do crime de tráfico de drogas por parte da acusada. Tal constatação ocorreria visto que o acórdão ao determinar a nulidade da sentença proferida pelo magistrado de 1º grau, em sua integralidade, a referida desclassificação, por consequência, torna-se sem efeito jurídico algum. Com isso, aventa-se a hipótese de que o magistrado oficiante junto ao Juizado Especial, ao se deparar com uma denúncia que imputa o crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06, declarará sua incompetência para análise do feito, procedendo à remessa do feito, novamente, ao Juízo Comum.

E com a remessa e distribuição dos autos a uma das varas criminais, o magistrado, diante das provas coligidas no feito, analisando o caso, poderá entender de maneira diversa do juiz que prolatou a sentença originária. Caso se convença de que o conjunto probatório produzido caracterize a prática do crime de tráfico de drogas, e não do consumo pessoal de entorpecentes (posição anteriormente externada), condenará a acusada como incurso no tipo penal mais gravoso, com uma pena muito mais severa do que aquela inicialmente imposta pelo juízo da 4ª Vara Criminal de Maringá, Estado do Paraná.

Além disso, quando o acórdão do Tribunal de Justiça decretou a nulidade da sentença como um todo, o que, *a priori*, poderia parecer mais benéfico à acusada, devem ser levados em conta os efeitos desta decisão em sua globalidade processual da situação concreta da acusada. Com a anulação integral da sentença e, conseqüentemente,

interesse público na sua observância”. (Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: RT, 2016, p. 793).

a desclassificação anteriormente operada, além da problemática já apresentada, também prejudicou a acusada quanto ao prazo prescricional do fato a ela imputada.

Isto porque se o acórdão tivesse apenas decretado a nulidade da sentença em parte, apenas atinente à condenação nas penas do art. 28 da Lei de Drogas, a fim de manter os efeitos da sentença no que tange a desclassificação, no caso concreto teria ocorrido a prescrição da pretensão punitiva em favor da acusada, já que a prescrição em abstrato para o delito de consumo pessoal de entorpecentes opera-se em dois anos, consoante inteligência do art. 30 da Lei n. 11.343/06.

Porém, a anulação total da decisão em primeiro grau atingiu também a desclassificação, passando a prescrição a ser regulada com base no delito de tráfico de drogas narrado na denúncia, prescrição esta que só é observada se, entre os marcos interruptivos do prazo prescricional, transcorrerem vinte anos, vez que a pena máxima abstratamente cominada ao crime do art. 33 da Lei de Drogas é superior a doze anos (cf. art. 109, inciso I, do Código Penal).

O adequado seria, portanto, que o acórdão reconhecesse apenas a nulidade parcial da sentença condenatória proferida pelo magistrado em primeiro grau, mantendo a parte do dispositivo que reconheceu a desclassificação do delito tráfico de drogas para o de consumo de entorpecentes, anulando a decisão somente na extensão que condenou a acusada às penas do art. 28 da Lei de Drogas e, por consequência, determinando a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal para que este pudesse dar continuidade no processo e julgamento do feito, observando as regras do devido processo legal.

Neste sentido, inclusive, encontram-se decisões proferidas por outros Tribunais dos Estados brasileiros:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. APREENSÃO DE 333,13G (TREZENTAS E TRINTA E TRÊS GRAMAS) DE MACONHA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PEDIDO DE CONDENAÇÃO PELO CRIME DE TRÁFICO. INVIABILIDADE. PROVA INSUFICIENTE PARA SE CONCLUIR QUE A DROGA TINHA COMO DESTINAÇÃO O COMÉRCIO ILÍCITO DE ENTORPECENTE. IN DUBIO PRO REO. NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA. DESCLASSIFICAÇÃO

PARA CRIME DE COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. NECESSIDADE DE REMESSA DOS AUTOS PARA O JUÍZO COMPETENTE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. SENTENÇA PARCIALMENTE ANULADA, DE OFÍCIO. 1. Inexistindo elementos probatórios suficientes que demonstrem que a droga apreendida seria destinada à difusão ilícita, a desclassificação para o crime de posse de droga para uso próprio deve ser mantida. 2. A competência dos Juizados Especiais Criminais para processar e julgar as infrações de menor potencial ofensivo tem base constitucional, ex vi do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, e, por ser de ordem material, trata-se de competência absoluta. 3. Desclassificada a conduta imputada aos réus para a tipificada no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, considerada como de menor potencial ofensivo, os autos devem ser remetidos ao Juizado Especial Criminal competente, nos termos dos artigos 74, § 2º, e 383, § 2º, ambos do Código de Processo Penal, sendo nula a condenação proferida por Juízo absolutamente incompetente. 4. Recurso conhecido e não provido, **mantendo-se a sentença na parte em que desclassificou a conduta atribuída aos recorridos para o tipo penal previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. De ofício, anulada parcialmente a sentença, na parte em que condenou os réus nas penas do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, remetendo-se os autos ao Juizado Especial Criminal competente para o processamento e julgamento do feito.** (TJDF, APR 20140110534263, Rel. Roberval Casemiro Belinati, 2ª Turma Criminal, 23/04/2015).<sup>12</sup> (grifo nosso)

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O MESMO FIM - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES ACERCA DA MERCANCIA DE ENTORPECENTES - CONSEQUENTE ABSOLVIÇÃO PELA ASSOCIAÇÃO - SENTENÇA MANTIDA - ANULAÇÃO EM PARTE DA SENTENÇA NO QUE PERTINE À FIXAÇÃO DA PENA - CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO - COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL PARA FIXAÇÃO DA PENA - ARTIGO 383, § 2º DO CPP E SÚMULA Nº. 337

<sup>12</sup> Disponível em <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/185357479/apelacao-criminal-apr-20140110534263>>. Acesso em 18 jun. 2016.

DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - APELO MINISTERIAL IMPROVIDO. Se pelas provas coligidas aos autos não é possível afirmar de maneira categorica a mercancia de entorpecentes por parte do acusado e em sendo por este afirmada a dependência química, deve ser mantida a sentença que desclassifica o delito de tráfico de drogas para o uso, nos termos do art. 28 da Lei de Tóxicos. Não estando suficientemente comprovado o vínculo associativo, impõe-se a absolvição do apelado quanto ao delito de associação ao tráfico. **A teor do entendimento da sistemática processual, pela inteligência da norma disposta no art. 383, operada a desclassificação na sentença condenatória para delito de menor potencial ofensivo, devem os autos ser remetidos ao Juizado Especial Criminal, a fim de que sejam ofertadas ao acusado as benesses previstas na Lei 9.099/95, anulando-se a sentença no que pertine à fixação da pena.**V.V.: Demonstrado que a droga apreendida em poder do réu destinava-se ao comércio ilícito, deve ser o agente condenado pelo crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/06. (TJMG, APR10443140005846001, Rel. Sálvio Chaves, 7ª Câmara Criminal, 06/08/2015) <sup>13</sup> (grifo nosso)

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA. Tendo em vista que a sentença desclassificou a infração penal de tráfico de entorpecentes para posse para uso próprio, não poderia o julgador condenar o recorrente. **O certo, e se decide no sentido, é declinar da competência para o Juizado Especial Criminal na forma do artigo 383, § 2º, do Código de Processo Penal. Operada a desclassificação, insiste-se, não se condena nem se absolve o acusado, pois a competência é de outro juízo.** DECISÃO: Apelo parcialmente provido. Unânime. (TJRS, Apelação Crime Nº 70053716445, Rel. Sylvio Baptista Neto Primeira Câmara Criminal, 21/08/2013) <sup>14</sup> (grifo nosso)

Do exposto até aqui, em relação ao primeiro caso concreto abordado, verifica-se a importância de se observar a sistemática

<sup>13</sup> Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/219772874/apelacao-criminal-apr-10443140005846001-mg>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

<sup>14</sup> Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113211398/apelacao-crime-acr-70053716445-rs>>. Acesso em 18 jun. 2016.



processual penal sob uma ótica global em conjunto com as implicações jurídico-penais dela decorrentes, em especial no que diz respeito às regras de competência para processamento e julgamento dos crimes previstos nos artigos 28 e 33, ambos da Lei n. 11.343/06. Somente desta forma será possível que se proceda, caso a caso, a um julgamento consonante com o Estado Democrático de Direito, respeitando-se, com isso, as regras do efetivo devido processo legal e observando-se todas as garantias e direitos constitucionais assegurados aos acusados no bojo do processo penal.

#### 4. Análise do caso II

O segundo caso analisado relaciona-se, ainda, à questão da desclassificação do delito de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/06) para o de uso pessoal de entorpecentes (art. 28 da Lei n. 11.343/06), bem como ao modo com o qual os Tribunais lidam, em segunda instância, com a problemática que gira em torno destas situações.

Trata-se de recurso de apelação julgado pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná<sup>15</sup> em 14 de abril de 2016, no bojo do qual o acusado João dos Santos<sup>16</sup> insurgiu-se contra a decisão proferida pelo magistrado *a quo*, condenando-o pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, conforme narrado na denúncia ofertada pelo Ministério Público.

<sup>15</sup> O acórdão, neste caso, restou ementado nos seguintes termos: APELAÇÃO CRIME. TRANSPORTE DE 25 (VINTE E CINCO) GRAMAS DE CRACK DE CIANORTE/PR PARA JUSSARA/PR (21 - VINTE E UM - QUILOMETROS DE DISTÂNCIA), VIA BICICLETA. ALEGAÇÃO DO ACUSADO DE QUE ADQUIRIU A DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO. NOTÍCIA ANÔNIMA DE QUE ELE TERIA SE DESLOCADO ATÉ CIANORTE PARA BUSCAR DROGAS A FIM DE REVENDER EM JUSSARA NÃO CORROBORADA POR QUALQUER MEIO DE PROVA. QUANTIDADE INEXPRESSIVA DO ENTORPECENTE. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUMIR QUE SERIA DESTINADO AO TRÁFICO. "IN DUBIO PRO REO". DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006. INCOMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DE INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. REMESSA DE CÓPIA DOS AUTOS AO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL, COM BASE NO ART. 383, § 2º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO PROVIDO.

<sup>16</sup> Por opção dos autores, omitiu-se a identidade do acusado, cujo nome aqui representado é fictício.

Ao analisar o feito, os Desembargadores julgadores do caso concluíram que, ante o arcabouço probatório produzido no curso da instrução em primeiro grau, o réu praticou, em verdade, o delito capitulado no art. 28 da Lei de Drogas, motivo pelo qual operaram a desclassificação, com base no art. 383, § 2º, do Código de Processo Penal, determinando a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, órgão absolutamente competente para processamento e julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo, dentre eles o do art. 28.

Quanto à desclassificação propriamente dita, nada há que se destacar, visto que foi reconhecida de forma coerente às provas coligidas no bojo da instrução processual, as quais, insuficientes para sustentar a condenação pelo crime de tráfico, ensejaram na aplicação do *in dubio pro reo*.

No entanto, a Corte, de forma simples e objetiva, vislumbrando hipótese de *emendatio libelli*, entendeu pela desclassificação e, sem maiores providências tomadas, baixou o feito à primeira instância dos Juizados Especiais para o prosseguimento do feito.

Daí surge a problemática: ainda que a decisão colegiada mostre-se essencialmente correta, nada foi dito acerca da atividade jurisdicional que, até então, fora desenvolvida em primeira instância. Isto porque silenciaram os Desembargadores sobre quais efeitos estariam intrínsecos à desclassificação e posterior remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal.

Em situações como a hipótese ora delineada, a doutrina diverge quanto à forma de proceder. A título de exemplo, Douglas Fischer e Eugênio Pacelli de Oliveira entendem que:

Se, por acaso, houver desclassificação (pela *emendatio*) para delito para o qual o juiz seja absolutamente incompetente (...), seja quanto à matéria (constitucional), seja em razão de leis de organização judiciária (varas especializadas), deve o juiz encaminhar para lá os autos.

Uma observação: no caso de incompetência absoluta, isto é, constitucional, todo o processo deverá ser refeito; já quando a incompetência resultar de leis de organização judiciária, todos os atos instrutórios poderão ser reaproveitados.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> FISCHER, Douglas; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Comentários ao código de Processo Penal e sua Jurisprudência. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 770.

De outro lado, e trabalhando sobre a mesma situação hipotética, conclui Edilson Mougenot Bonfim que:

Se em razão da *emendatio libelli* verificar-se que se trata de infração penal da competência de outro juízo, a este serão os autos remetidos. Conquanto o legislador não tenha estabelecido o procedimento a ser adotado no juízo competente, parece-nos que deve ser aberta oportunidade de manifestação às partes, facultando-se a estas, inclusive, o requerimento de produção de provas, antes da prolação da sentença. Respeita-se, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF).<sup>18</sup>

Voltando ao caso apresentado, conclui-se que, operada a desclassificação, o Tribunal de Justiça do Paraná entendeu não ser o caso de declarar a nulidade dos atos processuais praticados em primeiro grau até o referido momento. Em análise processual, parece a decisão mais acertada.

Em primeiro lugar, na etapa da denúncia, o (a) Promotor (a) de Justiça, munido dos elementos informativos apresentados, e vinculado por excelência ao princípio da obrigatoriedade<sup>19</sup> e do *in dubio pro societate*,<sup>20</sup> formulou sua *opinio delicti* pela imputação do crime de tráfico, atuando validamente dentro das possibilidades vislumbradas.

Oferecida a denúncia, seu recebimento, pelo juízo criminal *a quo*, também se deslindou dentro dos limites jurisdicionalmente limitadores desta fase de cognição sumária. Ao fim da instrução, quando da sentença, o julgador em primeira instância, convencido de que o acusado

<sup>18</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. *Código de Processo Penal Anotado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 628.

<sup>19</sup> LOPES Jr. Aury. Op. Cit., p. 380-381. Para o autor, “a ação penal de iniciativa pública está regida pelo princípio da obrigatoriedade, no sentido de que o Ministério Público tem o dever de oferecer a denúncia sempre que presentes as condições da ação (...) [a] prática de fato aparentemente criminoso – *fumus commissi delicti*; punibilidade concreta; *justa causa* (...)”

<sup>20</sup> Apesar do fato de que, no momento da denúncia, estando o membro do Ministério Público diante de duas versões típicas conflitantes acerca do mesmo fato, deverá ser imputado ao acusado o fato mais gravoso, a doutrina tece críticas acerca do chamado *in dubio pro societate*. Afirma-se, em suma, que tal princípio não encontra guarida no texto constitucional e que, ademais, seria incompatível com o modelo de Estado Democrático de Direito e violaria frontalmente a dignidade da pessoa humana. (Neste sentido, vide LOPES JR., Aury, op. Cit., p. 555-556)

teria praticado o crime de tráfico, previsto no art. 33 da Lei de Drogas, exarou competente sentença condenatória, também constituída dentro dos limites de competência que ao momento eram visíveis.

Em outras palavras: o órgão ministerial entendeu tratar-se da prática de tráfico de drogas e, possuindo atribuição para tanto, ofertou a denúncia, imputando mencionado delito ao acusado; o juiz criminal comum, por sua vez, sendo competente para atuar frente a um processo envolvendo suposto tráfico de drogas, convenceu-se da tese ministerial e condenou o réu como incurso nas sanções do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Desta maneira, conclui-se que a atividade persecutória e jurisdicional desenvolvida em primeiro grau foi válida, não incidindo – ao menos aparentemente – causa ensejadora de nulidade do feito.

Ao analisar o caso em segundo grau, os Desembargadores julgadores, entendendo de forma diversa acerca da classificação dos fatos narrados na denúncia, flagrante hipótese de *emendatio libelli*, declararam incompetente – *ex nunc* – o juízo *a quo*. Realizada a desclassificação, remeteram o feito ao Juizado Especial Criminal.

Contudo, recebendo os autos, o magistrado oficiante junto ao Juizado, ao analisar a desclassificação operada nos moldes em que ocorreu, não terá conhecimento – uma vez que não expressado pelo Tribunal – acerca da validade ou não da atividade já desenvolvida junto à Vara Criminal Comum. Ao mesmo tempo, e ante o silêncio da Corte Estadual, não possui competência para declarar a nulidade dos atos já realizados (frise-se: trata-se de dois juízes de igual hierarquia de competência: o que atuou em primeiro grau junto à Vara Criminal e o atuante junto ao Juizado, que recebeu os autos do Tribunal).

Com isso corre-se o risco de haver a desnecessária repetição dos atos jurisdicionais, o que por si faz com que o acusado tenha de enfrentar, mais de uma vez, o estigmatizante rito processual, bem como enseja o desnecessário dispêndio de esforços e verbas do Poder Judiciário e do Ministério Público.

E não só: procedendo-se desta forma, é possível que, além de duas instruções, sejam proferidas duas decisões de primeiro grau, igualmente válidas e competentes, vez que não houve qualquer declaração de nulidade pelo Tribunal *ad quem* – e, como se demonstrou, não haveria motivo que ensejasse tal anulação.

De todo o exposto, surge a seguinte conclusão que mais parece correta a casos semelhantes ao apontado: o Tribunal de Justiça,

analisando um processo no qual se imputa o delito de tráfico de drogas a um acusado, reconhecendo ser caso de *emendatio libelli*, e desclassificando o crime para aquele previsto no art. 28 da Lei de Drogas (consumo pessoal), deve delimitar os efeitos da decisão desclassificatória sobre os atos jurisdicionais até então realizados.

Não sendo o caso de nulidade do feito – como ocorreu na situação apresentada – o mais razoável é que os autos sejam remetidos ao Juizado Especial no estado em que se encontrem (com a instrução já concluída), para que seja possibilitada, pelo Ministério Público, a oferta das benesses legais trazidas pela Lei n. 9.099/95, i. é., a transação penal ou a suspensão condicional do processo, cuja discricionariedade para aplicação de uma ou de outra compete ao Ministério Público, analisando as circunstâncias de cada caso.

Por fim, após a remessa do feito e oferta dos benefícios legais pelo Ministério Público, no caso de o acusado descumprir as condições impostas ou não as aceitar, a solução mais adequada será a subida dos autos à Turma Recursal – “segundo grau” dos Juizados Especiais Criminais – para que seja fixada e dosada a pena aplicável ao tipo penal do art. 28 da Lei de Drogas. Destaca-se que não cabe a fixação da pena pelo Tribunal de Justiça, haja vista que este, a partir do momento em que se operou a desclassificação, deixou de ser competente para análise do feito, já que se trata, agora, de crime de menor potencial ofensivo.

## 5. Considerações finais

Da análise dos dois casos expostos no presente estudo, foi possível identificar, *a priori*, que a questão tocante à desclassificação do delito de tráfico de drogas para o de uso pessoal de entorpecentes resvala, principalmente, nos problemas enfrentados – em suma – pelo Poder Judiciário frente às regras de competência e a forma com a qual se dá a *emendatio libelli* advinda das decisões desclassificadoras.

É preciso que em primeira instância de julgamento, sejam observados de forma sistemática os dispositivos legais constitucionais e processuais penais para que, diante do caso concreto de desclassificação, seja fornecido ao acusado um julgamento adequado e, ademais, seguro.

Necessário se faz que os julgadores singulares, ao proferirem decisões desclassificadoras observem as regras de competência constitucionalmente e legalmente estabelecidas e, uma vez identificada a incidência do tipo penal do consumo pessoal de entorpecentes (art.

28 da Lei n. 11.343/06) ao invés do delito de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/06), sejam remetidos os autos ao Juizado Especial Criminal, órgão competente para processo e julgamento dos delitos de menor potencial ofensivo, bem como, para oferecimento de eventuais benefícios despenalizadores ao acusado desde que observados os requisitos legais exigidos pela Lei n. 9.099/95 para tanto.

Apenas, desta forma, será efetivamente possível a conformação de um processo penal justo e imbuído de segurança jurídica, no bojo do qual o acusado tenha verdadeiramente os seus direitos e garantias constitucionais – além de sua dignidade humana – assegurados.

Por sua vez, nos casos de *mutatio libelli* em segundo grau, imperioso que o julgador observe que: i) mantida a desclassificação já operada em primeira instância, mas que, por inobservância às regras de competência, seja o ato decisório ordinário eivado de nulidade, se mostra salutar a manutenção do dispositivo na sua extensão desclassificatória ou, sendo o caso de anulação total, que o Tribunal mantenha, por seus argumentos, a nova configuração típica, referente ao art. 28 da Lei de Drogas. Isto porque, não se procedendo desta forma, novos problemas acerca da competência poderão surgir, havendo – inclusive – a possibilidade de ocorrência de manifesto prejuízo em desfavor do acusado, o qual poderá – conforme demonstrado – ser condenado pelo crime de tráfico, ainda que outro magistrado anteriormente tenha formado seu convencimento pela incidência do delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06; ii) na hipótese de a desclassificação se operar diretamente em segundo grau, sejam modulados os efeitos da decisão colegiada, para que a baixa do feito ao órgão competente para processo e julgamento do crime tipificado no art. 28 da Lei de Drogas – o Juizado Especial Criminal – se dê de forma clara, válida e dotada de segurança jurídica. Ademais, a modulação é necessária para que não seja o acusado submetido a novos procedimentos processuais desnecessários e que não sejam inutilizados atos jurisdicionais já praticados que possam ser convalidados em observância ao devido processo penal constitucional e legal garantido a todo e qualquer jurisdicionado.

## Referências bibliográficas

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: RT, 2016.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Código de Processo Penal Anotado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FISCHER, Douglas; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Comentários ao código de Processo Penal e sua Jurisprudência. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

## Referências jurisprudenciais

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n°. 356.274. Rel. Maria Thereza de Assis Moura. 16/06/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Criminal n°. 2014110544263. Rel. Roberval Casemiro Belinati. 23/04/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal n°. 10443140005846001. Rel. Sálvio Chaves. 06/08/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal n°. 70053716445. Rel. Sylvio Baptista Neto. 21/08/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo em Execução n°. 1.455.179-4. Rel. Renato Naves Barcellos. 19/04/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Criminal n°. 1.455.891-5. Rel. Arquelau Araújo Ribas. 14/04/2016.

# Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: Uma aproximação crítica<sup>1</sup>

30

Érika Mendes de Carvalho<sup>2</sup>  
Gustavo Noronha de Ávila<sup>3</sup>

## 1. Introdução

A dogmática penal trava acirrado debate, na atualidade, acerca da necessidade de se recorrer ao conceito de bem jurídico para legitimar a intervenção punitiva. Há quem defenda que essa noção mostra-se em franco declínio, já que grande parte das tipificações prescinde por completo desse fundamento material. Nesse sentido, argumenta-se que seria perfeitamente admissível abrir mão do conceito de bem jurídico e optar por outras bases limitadoras e/ou legitimadoras da resposta penal ou, pelo menos, relativizar aquele em determinados casos. Noutra perspectiva, sustenta-se que o abandono da noção de bem jurídico, como base material limitadora das construções típicas, pode conduzir a uma arbitrariedade desmedida e perigosa, que

<sup>1</sup> O presente trabalho foi publicado originalmente na obra: BRAGA, Romulo Rhemo Palitot; MARTÍNEZ GUERRA, Amparo (Orgs). *III Encontro de Internacionalização do CONPEDI*. Madrid: Ediciones Laborum, 2015, p.132-155.

<sup>2</sup> Doutora e Pós-Doutora em Direito Penal pela Universidad de Zaragoza (Espanha). Professora Associada de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá (UEM). Coordenadora do Núcleo de Estudos Penais e da Pós-Graduação em Ciências Penais da UEM. Chefe Adjunta do Departamento de Direito Público da UEM. Pesquisadora do CNPq. E-mail: erika.mendes0510@hotmail.com

<sup>3</sup> Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Professor de Direito Penal e Criminologia na Universidade Estadual de Maringá. Professor da Graduação e do Mestrado em Ciências Jurídicas do UNICESUMAR. Advogado. E-mail: gustavonoronhadeavila@gmail.com

culmina na proteção do próprio ordenamento penal, com independência dos concretos conteúdos normativos.

Inicialmente, busca-se examinar as propostas que postulam a substituição da noção de bem jurídico como referente material do delito, sob o argumento de que a referida noção encontra-se em flagrante crise e que a expansão do Direito Penal evidenciaria, de modo irremediável, que não cumpriu com a função principal a que se propunha, a saber, a limitação do espaço de criminalização.

Algumas dessas tendências doutrinárias, de matiz funcionalista, questionam precisamente a utilidade do conceito de bem jurídico, que deveria ser abandonado ou esvaziado materialmente, uma vez que fracassou na tentativa de circunscrição da amplitude do sistema normativo e não é levado em consideração no processo de elaboração das leis penais incriminadoras.

Outras orientações doutrinárias, igualmente funcionalistas, sugerem a relativização do conceito de bem jurídico, admitindo a intervenção jurídico-penal mesmo em situações (excepcionais) onde não seja possível detectar a presença de um bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão. Essas últimas tendências, embora não prescindam da noção de bem jurídico, acabam por aceitar a ampliação do catálogo de tipos penais em determinadas hipóteses nas quais – do ponto de vista de seus partidários – a (s) conduta (s) típica (s) não lesa (m) ou expõe (m) a perigo de lesão qualquer bem jurídico. Essas situações seriam um sintoma da insuficiência do conceito de bem jurídico como critério material exclusivo hábil a fundamentar uma intervenção penal subsidiária e mínima e abririam espaço para a influência decisiva – e, fatalmente, inflacionária do sistema punitivo – de considerações político-criminais (v.g. prevenção geral) como critérios de legitimação da criação de leis penais incriminadoras.

Por fim, são apresentadas propostas de revitalização da noção de bem jurídico como critério material suficiente para a delimitação da intervenção penal. A presença, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, de incriminações sem bem jurídico – ou ancoradas em *pseudos* bens jurídicos – não seria evidência da falência desse conceito, mas mostra da inconstitucionalidade do (s) tipo (s) penal (is) e sintoma de uma intervenção punitiva desarrazoada, excessiva, ilegítima e arbitrária.

O presente trabalho pretende examinar o estado atual da discussão, no Brasil, e conferir especial destaque às propostas que defendem a extirpação dos tipos penais constantes da Lei 11.343/2006 (Lei de

Drogas) do ordenamento jurídico, em função da ausência de bem jurídico protegido.

## 2. Conceito material de delito e proteção de bens jurídicos

Do ponto de vista dogmático, o conceito de bem jurídico forjou-se como o principal referente material (de) limitador do âmbito de intervenção jurídico-penal, mesmo que durante alguns momentos históricos razões políticas tenham motivado o abandono desse critério ou sua substituição. Ainda que nosso trabalho não se proponha a abordar a evolução história do conceito de bem jurídico e a examinar suas funções declaradas e ocultas, cabe aqui enfatizar que uma delas sempre foi a de tratar limitar os espaços de criminalização possíveis, com apoio também em outros critérios – constitucionais e político criminais – auxiliares (tais como os princípios da legalidade, da intervenção mínima ou da subsidiariedade, da lesividade, da culpabilidade, da proporcionalidade). Não vamos nos debruçar, nesse trabalho, na extensa e polêmica discussão acerca da legitimidade do Direito Penal como meio de solução de conflitos sociais ou de se assegurar uma coexistência social harmônica e pacífica, como sugere ainda a dogmática penal. Concordamos que a resposta punitiva não é a única e muito menos a melhor via para a tutela das relações sociais, de interesses individuais, coletivos ou difusos ou mesmo do próprio ordenamento jurídico. Ocorre que quando a resposta punitiva se dá, faz-se necessário investigar – em termos dogmáticos, político criminais e criminológicos – seus pilares de sustentação. Sob a perspectiva dogmática, cabe examinar, inicialmente, se haveria um conceito material de delito por trás de sua difundida definição analítica (conduta típica, ilícita e culpável) e se esse conceito material se encontra edificado sobre a base da necessidade de proteção de bens jurídicos.

A função de tutela de bens jurídicos é apontada há séculos como a missão primordial do Direito Penal. Mas essa função não seria, de modo algum, exclusividade do Direito Penal. É compartilhada por outros ramos do ordenamento jurídico, de forma que tal ideia não pode ser suficiente, por si só, para identificar a função específica e própria do Direito Penal<sup>4</sup>. Com efeito, se assumimos que inexistente

<sup>4</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2006, p.56-57.

diferença qualitativa entre ilícitos penais e administrativos, por exemplo, não haveria razão para sustentar que o Direito Administrativo sancionador não incorpora a noção de bem jurídico e se limita a tutelar, tão somente, funções da Administração. Todavia, se o Direito – e o Direito Penal em particular – não pretende figurar como um mero exercício dos cidadãos na obediência, as normas jurídicas – e, notadamente, as normas jurídico penais – devem incorporar proibições e comandos de agir que tenham por objetivo a conservação ou a produção de determinados objetos e valores inerentes às relações sociais (bens jurídicos) a fim de permiti-las e orientá-las, fomentando uma convivência pacífica e de respeito a interesses individuais e coletivos.

O bem jurídico, do ponto de vista material, pode ser definido como “todo bem, situação ou relação desejados e protegidos pelo Direito”<sup>5</sup>. Sua tutela pelo Direito Penal não é irrestrita, posto que o cumprimento de suas funções sociais pressupõe, algumas vezes, que seja exposto a situações de perigo toleradas ou permitidas pelo próprio ordenamento jurídico. Pode-se dizer, portanto, que o Direito Penal protege bens jurídicos apenas diante de algumas formas de agressão ou de perigo particularmente intoleráveis<sup>6</sup>.

Uma das funções (político criminais) atribuídas ao conceito material de bem jurídico consistiria na limitação do arbítrio legislativo. É forçoso reconhecer, porém, que a “a capacidade limitativa do conceito material de bem jurídico com relação ao arbítrio do legislador penal é realmente escassa”<sup>7</sup>, pois, como observa com acerto Cerezo Mir, “o âmbito de proteção dos bens jurídicos estará determinado pelas concepções ético-sociais, jurídicas e políticas dominantes”<sup>8</sup>. Consequentemente, sempre haverá uma atuação condicionada, motivada ou orientada pelas contingências sociais ou políticas, por exemplo, de um dado momento histórico ou mesmo pelo clamor midiático.

De fato, o catálogo de bens jurídicos passíveis de proteção jurídico-penal é variável e diretamente vinculado aos valores e interesses

<sup>5</sup> CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*, Parte General, t. I. 5 ed. Madrid: Tecnos, 1998, p.13-14, que acrescenta que “a soma dos bens jurídicos constitui a ordem social criada e protegida pelo Direito”.

<sup>6</sup> Cf. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5 ed. São Paulo: RT, 2011, p.110 e ss.

<sup>7</sup> GRACIA MARTÍN, Luis, op.cit., p.57.

<sup>8</sup> CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*, Parte General, t. I, p.14, nota 6.

daqueles que detém o poder político, pois “os Códigos penais não protegem interesses a-históricos nem valores eternos desvinculados da estrutura social de um lugar e de um tempo concretos”<sup>9</sup>.

O importante, conforme assinala Mir Puig, é que os objetos reais de tutela (realidades materiais ou imateriais) expressem uma dimensão social, de forma que sua indenidade represente “uma *necessidade social*” e condicione “as *possibilidades de participação* do indivíduo nos sistemas sociais”<sup>10</sup>. Sob a ótica jurídico-filosófica, contudo, se o Direito Penal não pretende ser mera expressão de força e de poder político ou simplesmente imposição de terror por parte do Estado, suas normas não podem estar dissociadas do respeito ao homem como pessoa. Se assim for, a positividade em conflito com o princípio material de justiça de validade *a priori* do respeito à dignidade da pessoa humana não possuirá qualquer força obrigatória<sup>11</sup>.

A noção de bem jurídico não se confunde com seu substrato – que, enquanto dado ontológico, não traduz qualquer juízo axiológico –, embora possa radicar em uma realidade material (v.g. vida, integridade física, patrimônio) ou imaterial (v.g. honra, saúde coletiva, intimidade). Ainda que grande parte da doutrina defina o bem jurídico como valor ou como interesse, totalmente distinto e/ou independente da realidade empírica que constitui seu substrato<sup>12</sup>, partilha-se aqui da concepção que extrai o bem jurídico a partir de sua base empírica (material ou imaterial)<sup>13</sup>. Nessa perspectiva, reconhece-se que a noção de bem jurídico – no sentido dogmático (*de lege lata*), de objeto efetivamente tutelado pelo plano normativo – encontra na realidade concreta seu autêntico conteúdo e sobre esta incidem juízos de valor que selecionam os interesses mercedores de tutela penal.

<sup>9</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*, Parte General. 9 ed. Barcelona: Reppertor, 2011, p.161.

<sup>10</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*, Parte General, p.163.

<sup>11</sup> Cf. CEREZO MIR, José, op.cit., p.18.

<sup>12</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. T. I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, §2, n.9, 15 e 24; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p.275-276.

<sup>13</sup> Cf. WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Parte General. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1976, p.11-15.

Distanciar ou desvincular totalmente o conceito de bem jurídico da realidade concreta oferece riscos que a dogmática penal não pode e nem deve assumir. Isso não significa dizer que bem jurídico e substrato do bem jurídico sejam a mesma coisa. São claramente diferentes: mesmo que o bem jurídico radique em uma realidade empírica (substrato material do bem jurídico) ele vai além desta última, pois incorpora uma dimensão valorativa nela ausente. Entretanto, essa dimensão valorativa não deve abandonar a realidade concreta que constitui seu sustentáculo. O Direito Penal não pode proteger valores em si, mas realidades existenciais concretas (de caráter material ou imaterial), que só alcançam o status de bens jurídicos quando apresentam valor funcional para seus titulares e para a sociedade<sup>14</sup>.

A assunção de bens jurídicos divorciados da realidade empírica pode conduzir, conforme bem adverte Mir Puig:

“à ‘evaporação’ do conceito de bem jurídico, ao priva-lo da referência aos concretos objetos existenciais que o Direito penal deseja proteger. O bem jurídico acaba, por esta via, por deixar de ser um ‘bem’ dotado de concreto conteúdo real, para confundir-se com a abstrata ‘finalidade da lei’ – como chegou a sustentar a exacerbação do conceito neokantiano de bem jurídico em um sentido meramente ‘metódico-teleológico’. Isso não significa que devam ser equiparados o bem jurídico e seu substrato empírico. Pelo contrário, já se disse mais acima que um ‘bem’ é sempre *algo mais* que uma ‘coisa’. Mas também é essa ‘coisa’, só que contemplada em seu valor funcional: o bem é uma *coisa valiosa*, entendendo aqui por coisa toda realidade existencial com independência de seu caráter material ou imaterial. O conceito de bem jurídico é, pois, expressão de uma relação dialética de realidade e valor”<sup>15</sup>.

Embora os interesses, os dados e os elementos da realidade concreta não figurem como bens jurídicos fora do plano normativo – ao qual ascendem quando apresentam uma dimensão valorativa funcional, sob a perspectiva individual ou coletiva –, constituem sim a base sobre a qual devem se projetar os juízos valorativos. Do ponto de vista político criminal (*de lege ferenda*) só devem merecer a tutela

<sup>14</sup> Cf. MIR PUIG, Santiago, op.cit., p.163.

<sup>15</sup> MIR PUIG, Santiago, op.cit., p.163.

penal aqueles interesses, dados, elementos ou relações da realidade concreta efetivamente portadores de acentuada relevância para a própria existência do indivíduo ou da coletividade. Essa dimensão social do bem jurídico deve orientar a tutela penal e fornecer a concretude material necessária à edificação do ordenamento jurídico.

É forçoso reconhecer, porém, que mesmo essa noção de bem jurídico – que conjuga suas dimensões ontológicas e valorativas – apresenta uma reduzido – e, por vezes, discutível – papel de limitação do arbítrio do legislador penal ou de redução do exercício do poder punitivo<sup>16</sup>. Sobretudo porque se trata aqui do desempenho uma função *positiva* – expressa na análise do significado funcional valioso que determinados dados, interesses ou relações devem apresentar para merecer a tutela penal –, mas não *negativa* – no sentido de excluir ou privar aqueles dados, interesses ou relações do conceito de bem jurídico. Essa função negativa não poderia ser desempenhada exclusivamente pelo conceito (político criminal) de bem jurídico, mas por outros princípios limitativos do Direito Penal (v.g. intervenção mínima, fragmentariedade, proporcionalidade).

Em síntese, sustentamos que o conceito de bem jurídico, embora forjado no plano normativo (valorativo), apresenta um referencial material (ontológico), conectado à realidade existencial (material ou imaterial). O substrato empírico que serve de base ao bem jurídico não exclui a análise axiológica do sentido funcional desses elementos, dados, interesses ou relações concretos sob a perspectiva individual ou coletiva. Esse ‘filtro valorativo’ será responsável pela seleção dos concretos elementos, dados, interesses ou relações cujo significado social ou político, extraído à luz de um determinado momento histórico, ensejará o recurso à tutela penal (subsidiária).

É difícil, porém, responder à crítica dirigida ao conceito material de bem jurídico segundo a qual a escolha dos bens merecedores de tutela penal será feita por aquele grupo social que detenha o poder político. E isso porque o substrato material do bem jurídico não impede que determinado interesse, elemento ou relação social seja erigido à categoria de bem jurídico penal e tampouco assegura a imutabilidade do catálogo de bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico penal. Logo, caberá essencialmente ao plano valorativo eleger, a partir

<sup>16</sup> Nesse sentido, por exemplo, GRACIA MARTÍN, Luis, op.cit., p.57, MIR PUIG, Santiago, op.cit., p.163; CERESO MIR, José, op.cit., p.14, nota 6.

da realidade concreta, quais interesses, dados ou relações sociais devem merecer a proteção penal.

Essa realidade concreta, porém, não pode ser substituída (segundo a concepção que assumimos como ponto de partida, de cunho onto-axiológico) pela ‘finalidade da lei’ ou por valores sem qualquer conteúdo real<sup>17</sup>. Quando assim for, a ausência de um conteúdo real e concreto conduz à aludida ‘evaporação’ do conceito de bem jurídico, posto que este estará dissociado de uma referência aos objetos existenciais fundamentais que ao Direito Penal incumbe tutelar.

Realizada a seleção daqueles objetos, interesses ou relações especialmente valiosos do ponto de vista social e político (processo este claramente valorativo), caberá perquirir o significado dogmático do interesse, dado ou relação social efetivamente tutelado pela norma penal concretamente infringida por meio da conduta humana (ação ou omissão) proibida ou ordenada. Nesse sentido, é preciso destacar que a ausência de periculosidade da conduta ou de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido poderá, agora, elidir o injusto material da específica figura delitiva.

### 3. A crise do conceito de bem jurídico: superação ou relativização?

Conforme examinado, o conceito de bem jurídico se propôs originalmente, em termos dogmáticos, a limitar a extensão do poder punitivo e circunscrevê-lo à sanção de condutas (ações ou omissões) perigosas ou lesivas a determinados interesses, elementos ou relações sociais merecedores de tutela por parte do Direito Penal. Assim, o conceito material de delito consiste em vislumbrá-lo como aquela conduta que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos fundamentais para o indivíduo e para a sociedade, representando uma grave violação de normas de determinação construídas a partir das concepções ético-sociais, políticas e econômicas dominantes em um determinado momento histórico.

<sup>17</sup> Nesse sentido, Mir Puig assevera que “um Direito Penal protetor de bens jurídicos não tutela puros valores em si mesmos, mas realidades concretas: nenhuma proteção jurídico-penal mereceria o ‘valor vida’ se não se encarnasse na vida de uma pessoa real; o Direito penal não deve proteger o ‘valor vida’ enquanto tal valor, mas as vidas concretas dos cidadãos> mas claro que estas vidas reais não constituem bens jurídicos enquanto meros dados biológicos, mas por seu valor funcional para seus titulares e para a sociedade” (op.cit., p.163).

Pois bem, na atualidade, esse conceito experimenta uma grave crise. Especialmente na Alemanha, onde a dogmática penal apresenta acentuado grau de desenvolvimento. Entre as causas aventadas para essa crise encontra-se o notório processo de expansão do Direito Penal, que implica em incremento punitivo, criação de novos bens jurídicos, ampliação da severidade na execução das penas e diminuição ou mesmo supressão de garantias penais e processuais penais<sup>18</sup>. O conceito de bem jurídico não cumpriu – argumenta-se – com suficiência e êxito sua função de limitação material do poder punitivo e essa falha seria facilmente identificada quando, justamente a pretexto de proteger novos bens jurídicos ou de conferir uma mais eficiente tutela a bens já conhecidos, ampliam-se os âmbitos de tutela ou se estende a intervenção penal a situações nas quais não se identifica qualquer bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão.

O aludido fracasso do conceito de bem jurídico é apontado como motivo para sua superação, tanto do ponto de vista dogmático (de objeto efetivamente tutelado pela norma jurídico penal concretamente infringida) quanto em seu sentido político-criminal (de objeto/relação/dado da realidade que mereça ser protegido pelo Direito Penal). Outras propostas se direcionam à relativização do dogma do bem jurídico, sem, contudo, postular sua total supressão.

A mais expressiva das propostas voltadas à superação do dogma do bem jurídico é aquela feita por Günther Jakobs. Este explica sua teoria do delito nos moldes funcionalistas sistêmicos da seguinte forma: o fato delitivo representa uma “rebelião contra a norma, e a pena rechaça essa rebelião”, pela dor que inflige e pela eliminação do “risco de erosão geral da vigência da norma”<sup>19</sup> (a denominada ‘prevenção geral positiva’). O importante, portanto, seria a “proteção da vigência da norma”. A tese da proteção de bens jurídicos, afirma Jakobs, “ao tomar como ponto de referência um bem, arranca de um

<sup>18</sup> Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do *Harm Principle*. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Orgs.). *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012, op.cit., p.135.

<sup>19</sup> JAKOBS, Günther. ¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. Trad. Manuel Cancio Meliá. In: MAIER, Julio B. J.; CÓRDOBA, Gabriela E. (Orgs.) ¿Tiene un futuro el Derecho penal? Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p.54.



ponto de partida errôneo; pois o Direito é uma relação entre pessoas; só através destas também entram em ação os bens”<sup>20</sup>.

Como na sociedade as pessoas se vinculam através de normas, endereça-se a essas pessoas a expectativa de que suas condutas se ajustem a essas normas (‘expectativa normativa’), expectativa essa que, quando frustrada pela conduta delitiva, não será abandonada, mas confirmada com a imposição de uma sanção. A vigência das normas jurídico-penais seria assegurada, de conseguinte, “por meio de uma pena imposta num procedimento formal”<sup>21</sup>.

A pena, segundo Jakobs, deve ser “algo mais que coação, que infligir dor”, a pena “deve ser uma resposta com o conteúdo de que o ataque do autor contra a estrutura normativa da sociedade não é determinante e que essa estrutura mantém sua configuração sem modificações”<sup>22</sup>. Entretanto, resta claro que, para ele, a pena é a concretização de uma resposta que confirma a vigência normativa “à custa do autor, já que este deve ressarcir à sociedade pelo dano na vigência da norma que produziu”<sup>23</sup>, e que tal ressarcimento significa a imposição, ao autor da violação da vigência normativa, de determinados “custos”, através da privação de “meios de desenvolvimento” (v.g. de todos esses meios – assim, a pena de morte –, da maioria deles, durante um período de tempo – assim, a pena privativa de liberdade – ou de alguns deles – assim, a pena de multa). Com a imposição da pena, pretende-se compensar o dano que o autor produziu à vigência da

<sup>20</sup> JAKOBS, Günther, op.cit., p.54.

<sup>21</sup> JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p.13.

<sup>22</sup> JAKOBS, Günther, ¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. Trad. Manuel Cancio Meliá. In: MAIER, Julio B. J.; CÓRDOBA, Gabriela E. (Orgs.) ¿Tiene un futuro el Derecho penal? Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p.56. Para Jakobs “através do mero fato de que um delito seja perseguido se mostra que se pretende manter a configuração que a sociedade teve até o momento; inclusive a mera denominação de um delito como tal delito significa sua marginalização comunicativa; portanto, é possível que exista comunicação acerca da estrutura normativa da sociedade sem a imposição de uma pena, sem dor. Todavia, uma comunicação que tenha lugar através de uma mera denominação é etérea, e isso pode não ser suficiente frente a um fato que não se esgota em uma mera afirmação contrária à vigência da norma, mas que também executa o ato que lesa a vigência, e o objetiva nesse sentido” (op.cit., p.56).

<sup>23</sup> JAKOBS, Günther, op.cit., p.56.

norma primária e fomentar na coletividade uma “atitude natural de fidelidade ao ordenamento jurídico”<sup>24</sup> (*prevenção geral positiva*).

Pois bem, para Jakobs o sistema penal e a imposição da pena não se orientam imediatamente à proteção de bens jurídicos – este seria apenas um “resultado *mediato*” e “parcial”<sup>25</sup>. O Direito Penal protege, na verdade, a vigência normativa, que encerra a expectativa de não lesão/perigo ao bem jurídico.

Em crítica à concepção de proteção de bens jurídicos, Jakobs argumenta, em síntese, que: 1) essa concepção pode abarcar tudo – “pode-se proclamar como bem jurídico também a manutenção de um determinado partido político, ou a pureza de uma raça humana, ou outros objetos, como aconteceu *de facto* na Alemanha da época nacionalsocialista”<sup>26</sup>; 2) o Direito “não é um muro protetor colocado ao redor dos bens, mas é uma relação entre pessoas”; 3) se o importante é a proteção de bens jurídicos, os delitos de perigo abstrato alcançam legitimidade, pois “não há nada mais efetivo que intervir quanto antes”<sup>27</sup>; 4) a tese da proteção de bens jurídicos só conta com argumentos jurídico-políticos, mas não com argumentos jurídico-dogmáticos ou teórico jurídicos; 5) a exemplo da tese da proteção das normas, só se legitima quando a sociedade cujo Direito é retratado atinge um determinado grau de evolução.

Pois bem, a proposta de superação da tese da proteção de bens jurídicos elaborada por Jakobs é a tentativa mais bem acabada de esvaziamento do conceito de bem jurídico empreendida pela dogmática penal contemporânea. É importante destacar que a tese de Jakobs não pretende oferecer limites ao poder punitivo, sob o argumento de que a escolha do conteúdo das normas penais a serem tuteladas seria uma questão política, não científica<sup>28</sup>.

Para refutar a tese de Jakobs e oferecer limites mais precisos ao poder punitivo, seria necessário que a concepção da proteção de

<sup>24</sup> Logo, “a pena *significa* uma contradição do significado do fato, e a dor da pena deve *produzir* prevenção geral positiva” (op.cit., p.60).

<sup>25</sup> Assim, “Direito Penal protege a vigência da norma, e só de modo mediato e parcial também bens” (JAKOBS, G., op.cit., p.67).

<sup>26</sup> JAKOBS, G., op.cit., p.69 e ss.

<sup>27</sup> JAKOBS, G., op.cit., p.67.

<sup>28</sup> JAKOBS, G. ¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? Trad. Manuel Cancio Meliá. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, p.15 e ss.

bens jurídicos: 1) não permitisse que tudo fosse compreendido pela noção de bem jurídico, mas tão-somente dados, relações e interesses que contassem como uma base sólida na realidade social concreta, excluídos sentimentos, moralismos e conceitos vazios de conteúdo; 2) que o Direito Penal não assumisse com a pretensão (irreal) de blindar os bens jurídicos de ataques e consumos inerentes à vida em sociedade, posto que aqueles não são “peças de museu”, como já destacava Welzel; 3) assumisse a pertinência das estruturas típicas de perigo abstrato, sempre que “a capacidade geral da ação para a colocação em perigo do bem jurídico” preenchesse com suficiência “as exigências do injusto material” sob o prisma do desvalor da ação; 4) contasse com argumentos dogmáticos, aliados aos argumentos políticos, em uma construção onto-axiológica, buscando na noção de dignidade humana um limite material inalienável à seleção do bem jurídico em matéria penal; 5) partisse necessariamente de uma construção política democrática, já que em sociedades totalitárias a proteção do arcabouço normativo não leva em consideração o conteúdo deste, do ponto de vista do respeito aos direitos fundamentais e da condição do homem como pessoa.

A tese da proteção de normas, segundo Jakobs, “retrata o Direito com maior exatidão” precisamente porque se conforma com o ordenamento tal como é, mesmo quando as normas incriminadoras se orientam à tutela de funções, de bens vazios de conteúdo concreto, de moralismos, de sentimentos, ou seja, mesmo quando não é possível identificar qualquer bem jurídico.

O processo de incriminação é, essencialmente, político. A partir dessa constatação, a teoria da proteção normativa sustenta que o importante é proteger a vigência normativa primária e compensar, através da imposição de uma pena, o dano produzido àquela. A tese da proteção de bens jurídicos não se orienta à proteção do ordenamento, mas de seu suporte real contemplado em seu valor funcional<sup>29</sup>.

A adoção de uma postura normativista extrema prescinde, assim, do exame do conteúdo normativo para conferir destaque à proteção do ordenamento penal, com independência de seu conteúdo valioso e sem qualquer vinculação com a realidade concreta. Não se preocupa,

<sup>29</sup> Como concluir Mir Puig, “o bem é uma *coisa valiosa*, entendo aqui por coisa toda realidade existencial com independência de seu caráter material ou imaterial. O conceito de bem jurídico é, pois, expressão de uma relação dialética de realidade e valor” (op.cit., p.163).

portanto, com a colocação de limites (onto-axiológicos) àquele conteúdo. A proteção de bens é vista como mediata e parcial.

Postulamos aqui a inversão dessa perspectiva e priorizamos a proteção de realidades existenciais (materiais ou imateriais) valiosas – e não a mera proteção do revestimento normativo (formal), do invólucro legal, –, já que uma norma que não tenha por objeto dados, relações ou interesses do plano real concreto, selecionados a partir de critérios político-criminais restritivos do poder punitivo e limitados pela perspectiva de respeito à dignidade do homem como pessoa, não é *materialmente* Direito.

A criticada insuficiência do conceito de bem jurídico como limite material para os processos de criminalização não deve ensejar o esvaziamento daquele e sua substituição pela proteção da vigência normativa – como pretende, por exemplo, Jakobs – mas antes o reforço de suas bases concretas, de seus limites políticos em um Estado social e democrático de Direito (o único capaz de oferecer diretrizes teórico-restritivas ao poder punitivo) e a operacionalização de instrumentos constitucionais que (formalmente) declarem a inconstitucionalidade de normas penais que tutelem sentimentos, moralismos, bens incompatíveis com a Constituição democrática e social ou delitos de conduta<sup>30</sup>.

A teoria da proteção da vigência normativa proposta por Jakobs não conseguiu – e tampouco foi essa a sua pretensão – conferir limites materiais eficientes ao poder punitivo estatal, a exemplo de outras teses que rechaçam a teoria da proteção de bens jurídicos. Substituir

<sup>30</sup> Também refutam o conceito de bem jurídico como diretriz limitadora do poder punitivo, entre outros, Stratenwerth e Amelung. O primeiro argumenta que a amplitude do referido conceito impede a precisão de seu conteúdo, o que o leva a propor sua substituição pela noção de “relações da vida como tais” e a configuração apenas de *delitos de comportamento*, baseados nas convicções homogêneas presentes em uma determinada sociedade – vide, assim, STRATENWERTH, Gunther. *La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos*. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*. Trad. María Martín Lorenzo. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.365-372. O segundo, por sua vez, entende que o bem jurídico desempenha apenas uma função de interpretação, cabendo ao procedimento legislativo democrático conferir legitimação aos valores sociais no âmbito de uma sociedade essencialmente plural – cf., por exemplo, AMELUNG, Knut. *El concepto ‘bien jurídico’ en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*. Trad. María Martín Lorenzo. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.227-264.

o conceito de bem jurídico pela vigência da norma <sup>31</sup>significa abandonar qualquer possibilidade de restrição ou delimitação do poder punitivo e, antes, corroborar cegamente o ordenamento jurídico posto.

Sem prescindir da tese da proteção de bens jurídicos, há aqueles que admitem relativizações a ela. Não cabe expor aqui os variados matizes dessas concepções, mas tecer algumas considerações sobre os argumentos que Roxin, por exemplo, expende em favor dessa relativização.

O funcionalismo teleológico roxiniano não compartilha da tese da proteção da vigência da norma, ao contrário. Segundo Roxin, “a função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos”<sup>32</sup>. O injusto penal é construído “como lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico”<sup>33</sup>, e não como desautorização da vigência da norma. Assim, “as condutas típicas são sempre afetações de bens jurídicos sob a forma de realização de riscos não permitidos criados pelos homens”<sup>34</sup>.

Para Roxin, os bens jurídicos podem ser definidos como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”<sup>35</sup>. Admite, portanto, que os bens jurídicos podem ser criados pelo próprio legislador, não sendo fixados necessariamente a ele em um momento prévio à normatividade. Assume um conceito

<sup>31</sup> E por “norma deve ser entendida a expectativa de que uma pessoa, em uma situação determinada, se comportará de uma maneira determinada” - JAKOBS, G. La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: ARA, 2007, p.227.

<sup>32</sup> ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.16-17.

<sup>33</sup> ROXIN, Claus. El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual. In: MAIER, Julio B. J.; CÓRDOBA, Gabriela E. (Orgs.) *¿Tiene un futuro el Derecho Penal?*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p.73.

<sup>34</sup> ROXIN, Claus, op.cit., p.74.

<sup>35</sup> ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, p.18-19.

liberal, pessoal e crítico de bem jurídico, que “pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima”<sup>36</sup>.

Aponta algumas hipóteses nas quais apenas uma análise mais profunda poderia extrair sua eventual compatibilidade em relação ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos – assim, por exemplo, a proteção de sentimentos – e indica que são inadmissíveis “normas penais motivadas ideologicamente ou que atentam contra Direitos fundamentais e humanos”; a mera transcrição das finalidades da lei tampouco fundamentaria um bem jurídico; atentados contra a moral ou contra a própria dignidade humana não lesam um bem jurídico, assim como também não afetam um bem jurídico as incriminações de tabus e as autolesões conscientes e não tutelam qualquer bem jurídico as leis penais simbólicas e cujos objetos de proteção sejam abstrações vagas e incompreensíveis<sup>37</sup>.

Recentemente, defende uma “moderada”<sup>38</sup> relativização da teoria da proteção de bens jurídicos, apresentando três esferas onde a proteção penal seria legítima, ainda que nelas não se pudesse vislumbrar um bem jurídico, a saber, a proteção de embriões, de plantas, de animais e da vida das gerações futuras<sup>39</sup>.

Cabe alertar, por um lado, que essa relativização divisada na concepção de Roxin ocorre, em parte, porque esta concebe o bem jurídico como um *valor* ou como uma *finalidade*, distintos de sua base real concreta, o que acaba por conduzir o bem jurídico a um processo de “espiritualização” e “evaporação”, conforme destaca Mir Puig, ao “privá-lo da referência aos concretos objetos existenciais que o Direito Penal deseja proteger”<sup>40</sup>. Se atentarmos precisamente para tais bases concretas, poderemos divisar com maior possibilidade de êxito

<sup>36</sup> ROXIN, Claus, op.cit., p.20.

<sup>37</sup> ROXIN, Claus, op.cit., p.20-25.

<sup>38</sup> Vide COSTA, Helena Regina Lobo da, op.cit., p.137, quem sustenta, com razão, que “quando admite a criminalização de âmbitos sem qualquer bem jurídico subjacente, Roxin acaba por possibilitar, ainda que implicitamente, o alargamento de tais âmbitos ou a justificação de novos âmbitos de criminalização sem bem jurídico. Com isso, ao fim, o autor enfraquece o conceito, pois relativiza sua aplicação”.

<sup>39</sup> Cf. ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal? In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.443-458.

<sup>40</sup> MIR PUIG, Santiago, op.cit., p.163.

o bem jurídico tutelado (v.g. patrimônio genético, meio ambiente) ou, ante sua ausência, postularmos a conseqüente descriminalização.

De outra parte, embora critique que muitas vezes o bem jurídico protegido “tenha se desvanecido sob a pluma de um legislador desorientado, em conceitos gerais vagos” e que “não poucas vezes também a jurisprudência, em um cuidado exagerado de Estado de direito – por exemplo, no Direito penal do tráfico de drogas – tenha ignorado as diferenciações dogmáticas existentes entre os atos preparatórios, a tentativa e a consumação, ou entre a autoria e a participação”, conclui Roxin que “não se deve afrontar tais defeitos fazendo com que o Direito penal se retire desses âmbitos”<sup>41</sup>, mas, pelo contrário, fortalecê-los do ponto de vista de seu cultivo dogmático. Contudo, defende-se aqui – no caso do Direito Penal do tráfico de drogas – precisamente a retirada da intervenção jurídico penal e não seu fortalecimento à custa de adaptações forçadas de categorias dogmáticas e, especialmente, da relativização da teoria da proteção de bens jurídicos.

#### 4. Lei de drogas e falsos bens jurídicos: a (ausência) de bem jurídico como limite material à intervenção penal

A tese da exclusiva proteção de bens jurídicos vem sendo paulatinamente relativizada em alguns âmbitos da intervenção penal sob o argumento de que nem sempre é possível detectar um bem jurídico protegido, o que demonstraria a fragilidade desse (suposto) limite material ao poder punitivo do Estado.

Especificamente em matéria de política de drogas, o Estado se vale do Direito Penal como um instrumento de controle social hábil à proteção de um discutível bem jurídico de caráter coletivo, que seria lesado ou ameaçado de lesão com a realização das condutas típicas constantes da Lei 11.343/06: a saúde pública.

No caso da posse de drogas para consumo pessoal, tipificada no artigo 28 da Lei 11.343/2006, tem-se um exemplo incontestado de um Direito Penal paternalista, cujos estreitos limites são detectados por Schünemann não apenas a partir “do postulado da autonomia da

<sup>41</sup> ROXIN, Claus. *Sistema del hecho punible/1. Acción e imputación objetiva*. Buenos Aires: Hammurabi, 2013, p.481.

pessoa, mas também de sua inaptidão para proteger bens jurídicos”<sup>42</sup>. O legislador, na atualidade, tende a “querer estabelecer um Direito penal paternalista, onde o autor é protegido de si mesmo”, o qual, porém, não preenche, “em muitos casos, por sua inidoneidade para a proteção de bens jurídicos, os requisitos mínimos do Direito penal e, por isso, já é ilusório por razões constitucionais”<sup>43</sup>.

O recurso a um bem jurídico de caráter coletivo para a criminalização de condutas associadas às drogas acaba por mascarar o problema central da decisão pela intervenção penal nessas hipóteses: a ausência de um autêntico bem jurídico que a legitime.

Na Lei de Drogas, os tipos ali elencados são comumente apontados pela doutrina como orientados à proteção da saúde pública. Se prescindirmos desse bem jurídico coletivo, supostamente afetado pelas condutas previstas nos referidos tipos penais e, como sugere Luis Greco, “trabalharmos unicamente com bens jurídicos individuais, em especial com a integridade física de quem recebe o tóxico, transformando esses crimes em crimes de perigo abstrato”, seria possível, primeiramente, vislumbrarmos “a criticabilidade da proibição, que tutela um bem jurídico individual mesmo contra a vontade de seu titular” e, além disso, deslegitimarmos a absurda sanção cominada, “pois se o tráfico de tóxico nada mais é do que uma conduta que gera um perigo abstrato de lesão à integridade física, essa conduta não pode sofrer pena mais grave do que a do respectivo crime de lesão, no caso de lesões corporais”<sup>44</sup>, sancionadas em sua forma leve com pena de detenção de três meses a um ano.

Uma estratégia para escancarar o absurdo desse paternalismo penal expresso na Lei de Drogas seria, portanto, reconduzir os tipos a bens jurídicos individuais – tais como a vida e a integridade física dos dependentes químicos, por exemplo – e abolir a referência a um (aparente) bem coletivo – como a saúde pública (soma das várias integridades físicas individuais). Em não se lançando mão dessa via, interpreta-se os tipos da Lei de Drogas como crimes de lesão ou de

<sup>42</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema de la teoría del delito. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites*. Trad. José Milton Peralta. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p.60.

<sup>43</sup> SCHÜNEMANN, Bernd, op.cit., p.61.

<sup>44</sup> GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, bem jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.95.

perigo concreto a um bem jurídico coletivo. E a saúde pública seria o bem jurídico coletivo mais frequentemente apontado como ofendido pelas condutas típicas ali incriminadas.

Logo, uma crítica às incriminações constantes da Lei de Drogas a partir da perspectiva da teoria do bem jurídico deve, primeiramente, demonstrar que a incriminação daquelas condutas – sob a ótica da tutela de bens individuais – não respeita o princípio da autonomia e expressa a opção do legislador por um inadmissível paternalismo penal<sup>45</sup> (especialmente no caso do art. 28)<sup>46</sup>. E deve também demonstrar que essa intervenção punitiva não tem qualquer possibilidade de êxito, do ponto de vista da prevenção, para alcançar a proteção pretendida.

Já sob o enfoque da tutela de um bem jurídico coletivo, deve operar precisamente para a desconstrução daqueles comumente apontados como legitimadores da intervenção penal – saúde pública, segurança pública, paz pública –, seja porque não possuem qualquer realidade existencial (são vazios, estéreis), seja porque representam a soma de bens jurídicos individuais.

O Direito Penal de drogas representa, conforme assinala Schünemann, “o núcleo duro do Direito Penal paternalista”<sup>47</sup>, hoje em franca expansão. Para driblar as críticas endereçadas a dispositivos que se orientam a proteger o indivíduo de si mesmo (paternalismo direto), são forjados bens jurídicos coletivos (v.g. saúde pública) como

<sup>45</sup> Sobre o tema, vide, entre outros, MILL, John Stuart. *Sobre la libertad*. Trad. Pablo de Azcarate. 3 ed. Madrid: Alianza Editorial, 2013; DWORKIN, Gerald. Paternalismo: algumas novas reflexões. Trad. João Paulo Orsini Martinelli. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v.4, n° 7, p.71-80, jul./dez. 2012; SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal – um trabalho de Sísifo? Trad. Luís Greco. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v.4, n° 7, jul./dez. 2012, p.47-70; HIRSCH, Andrew Von. El concepto de bien jurídico y el principio del daño. In: HEFELDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*. Trad. María Martín Lorenzo. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.47-48; GRECO, Luís. A crítica de Stuart Mill ao paternalismo. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v.4, n° 7, p.81-92, jul./dez. 2012.

<sup>46</sup> Mas a adoção dessa perspectiva, em contrapartida, poderia – especialmente no Brasil, que incrimina a indução, o auxílio e a instigação ao suicídio – legitimar a incriminação de condutas como o tráfico (art.33).

<sup>47</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal – um trabalho de Sísifo? Trad. Luís Greco. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v.4, n° 7, jul./dez. 2012, p.55, especialmente p. 56 e ss. O autor destaca que “a mais intensa e aguda forma de paternalismo se manifesta nos tipos penais da Lei de Entorpecentes (§29 e ss., BtMG), cuja finalidade é proteger cada cidadão individual da tentação das drogas” (op.cit., p.57).

“pseudojustificação de antecipações intoleráveis da proteção de bens jurídicos individuais”<sup>48</sup>. Porém, a mera soma de bens jurídicos individuais não pode ser suficiente para legitimar a existência de um bem jurídico coletivo ou transindividual que, nas hipóteses do Direito Penal de drogas, disfarça a inexistência de realização de perigo concreto ou de lesão à integridade física individual e a ausência de periculosidade intrínseca às condutas incriminadas.

Interpretados como delitos de perigo abstrato a bens jurídicos individuais, certos tipos penais da Lei 11.343/2006 não resistem à crítica de que se apoiam sobre os pilares de um “paternalismo duro e direto”, que não consegue ser ocultado mesmo “por trás do suposto bem coletivo saúde pública”<sup>49</sup>. Sob essa perspectiva, o problema não seria propriamente a técnica de construção dos referidos tipos penais – como delitos de perigo abstrato –, mas sim a ausência de periculosidade às condutas criminalizadas e de justificação para incorporação de tipos penais puramente paternalistas.

Segundo Schünemann<sup>50</sup>, os tipos penais elaborados para prevenir autolesões por parte do titular do bem jurídico recebem quatro críticas penais, a saber: 1) não atingem a sociedade, já que não produzem qualquer dano social ou lesão a um bem jurídico alheio ou coletivo; 2) a cominação de uma pena e sua aplicação produzem, em geral, mais danos do que benefícios à pessoa afetada<sup>51</sup>; 3) a reprovação jurídico-penal dirigida ao próprio titular do bem jurídico parece ser moralmente inadequada; 4) a cominação da pena é ineficaz, já que

<sup>48</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal – um trabalho de Sísifo? Trad. Luís Greco. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v.4, n° 7, jul./dez. 2012, p.59.

<sup>49</sup> Conforme demolidora crítica de SCHÜNEMANN, Bernd, op.cit., p.59.

<sup>50</sup> Vide SCHÜNEMANN, Bernd, op.cit., p.60.

<sup>51</sup> Destaca Hassemer, nessa perspectiva, que “o mercado, os produtos, os consumidores – todos eles, devido ao Direito penal das drogas, se subtraem a todo e qualquer controle sólido da política de saúde do estado. As mãos pesadas do Direito penal, que dominam esse campo, são incapazes de propiciar qualquer regulamentação”. Logo, opina, “pesa na conta da proibição penal as mortes e enfermidades de pessoas, devido ao consumo de substâncias cheias de impurezas, porquanto não submetidas a qualquer controle. Também o perigo da infecção com AIDS, através do compartilhamento de seringas, deve ser debitado nessa conta” (HASSEMER, Winfried. *Descriminalização dos crimes de drogas*. Trad. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. In: WINFRIED, Hassemer. *Direito Penal. Fundamentos, Estrutura, Política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p.329).

não atinge fins de prevenção geral<sup>52</sup>. A estas objeções se soma outra, de cunho jurídico-filosófico, vinculada à filosofia da liberdade e baseada no conceito de autonomia da pessoa, que refuta o emprego do Direito para alcançar objetivos paternalistas.

Quanto à configuração de tipos penais de perigo abstrato para a proteção de bens jurídicos de terceiros (*paternalismo jurídico-penal indireto*), entendemos que tampouco estaria legitimada a antecipação da intervenção penal. Mesmo quando se argumenta que, nesses casos, seria viável uma proteção penal de ‘verdadeiros bens jurídicos de terceiros’, reconhece-se que não estão “nem um pouco claros os pressupostos sob os quais se pode antecipar a tutela de um bem jurídico por meio de delitos de perigo abstrato”<sup>53</sup>. E um dos problemas seria encontrar o verdadeiro bem jurídico a fundamentar tais incriminações. Aventa-se, nesse sentido, o chamado *sistema social estatal*, mas o próprio Schünemann reconhece a fragilidade desse argumento para criar um bem jurídico específico merecedor de tutela penal<sup>54</sup>.

Também sob o enfoque de um bem jurídico coletivo as incriminações do Direito Penal de drogas recebem fortes críticas. São intentos de ocultar a antecipação da intervenção punitiva que aniquila a autonomia individual, acobertando-a sob a égide de um suposto bem coletivo. A ofensa a esse aparente bem coletivo (v.g. saúde pública, segurança pública) justificaria a intervenção penal e burlaria a violação aos princípios da ofensividade – já que estaríamos ante ‘delitos de lesão’ – e da proporcionalidade, violações estas que ficam completamente escancaradas quando vinculamos tais incriminações com bens jurídicos individuais. Assim, a manifesta desproporcionalidade das sanções cominadas ao tráfico de drogas (reclusão de cinco a quinze

<sup>52</sup> Cético em relação à possibilidade de atendimento, pelo Direito Penal, de demandas preventivas, mostra-se, por exemplo, HASSEMER, Winfried. *Direito Penal simbólico e tutela de bens jurídicos*. Trad. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. In: HASSEMER, Winfried. *Direito Penal. Fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p.227-229.

<sup>53</sup> SCHÜNEMANN, Bernd, op.cit., p.68.

<sup>54</sup> Analisando o citado argumento, Schünemann pondera que “qualquer condução de vida pouco saudável (como o consumo exagerado de carne ou uma vida sedentária) parece ser lesiva ao sistema social; por outro lado, o sistema social é, na verdade, sobrecarregado principalmente pelos cidadãos que, por viverem de modo extremamente saudável, chegam a uma idade avançada” concluindo que “o argumento referido ao sistema social pode, assim, ser usado em qualquer sentido e é por isso mesmo imprestável” (op.cit., p.68).

anos, e pagamento de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa – art.33, Lei 11.343/2006) quando comparadas às lesões corporais gravíssimas (sancionadas com reclusão, de dois a oito anos – art.129, §2º, CP) seria, acintosamente, legitimada pela ‘lesão’ (e não perigo abstrato) a um bem jurídico coletivo (saúde pública)<sup>55</sup> <sup>56</sup>.

A teoria do bem jurídico não deve, porém, ser empregada para legitimar intervenções desproporcionais. Além disso, os bens jurídicos coletivos não podem ser ‘cartas na manga’ de um legislador ávido por justificar seus excessos.

Ante a ausência de um bem jurídico hábil a fundamentar tais incriminações, cabe indagar sobre os motivos que estão por trás dessa intervenção punitiva, exemplo claro de um *tipo penal de autor*<sup>57</sup>. Delitos sem bem jurídico – ou *delitos de comportamento*, segundo Hefendehl – são manifestações de um punitivismo inadmissível, que se edifica sobre bases dogmáticas incertas – a presença de uma ‘convicção enraizada da obrigatoriedade da norma de comportamento’<sup>58</sup> – e questionáveis<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> Adverte-se que “é preciso cuidado com pseudobens jurídicos coletivos. Falar em saúde ou incolumidade pública, por ex., esconde os déficits de legitimidade de antecipações da tutela penal” (GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, bem jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.97).

<sup>56</sup> Com o propósito de esquivar as críticas, são apontados danos remotos ou consequências indiretas advindas das condutas criminalizadas (v.g. sensação de insegurança despertada na coletividade), o que igualmente não oferece supedâneo legítimo para se forjar um bem jurídico coletivo, nem mesmo segundo a teoria da imputação objetiva, posto que não são abarcadas pelo fim de proteção da norma. De conseguinte, “pode-se, assim, formular a diretriz de que a menção a danos remotos não basta para fundamentar um bem jurídico coletivo” (GRECO, Luís, op.cit., p.53).

<sup>57</sup> Discorrendo sobre os problemas de legitimidade do artigo 12 da então vigente Lei 6.368/1976 – hoje, artigo 33 da Lei 11.343/2006 – notadamente sua fundamentação em uma concepção de tipos de autor, Luís Greco extrai consequências para sua interpretação, defendendo que só deve ser aplicado nas hipóteses de habitualidade e intuito de lucro, elementos típicos adicionais não indicadas expressamente – vide GRECO, Luis Tipos de autor e lei de tóxicos, ou: interpretando democraticamente uma lei autoritária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 43, 2003, p.226 e ss., especialmente p.235.

<sup>58</sup> HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*. Trad. María Martín Lorenzo. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.190-191.

<sup>59</sup> Criticamente, sustenta Luís Greco que “o critério proposto por Hefendehl – a existência de uma convicção enraizada da obrigatoriedade da norma de com-

## 5. Drogas e proibicionismo

As drogas são tema recorrente dentre as discussões criminológicas, especialmente nas vertentes críticas. Por outro lado, são raras as tentativas de aproximações entre essa perspectiva e as dogmáticas (críticas). Dentro da ideia defendida por Zaffaroni de uma criminologia cautelar<sup>60</sup>, que visa prevenir massacres estatais, é possível pensarmos na utilização da potência crítica também aos argumentos (ditos) duros. Desta forma, seria possível teorizar em um sentido de redução de dores.

Depois de mais de 30 anos de políticas latino-americanas pautadas pela guerra às drogas promovida, especialmente, pelos Estados Unidos da América<sup>61</sup>, o século XXI viu a tendência revisionista da repressão ganhar espaço. Esta tendência redundou, inclusive, na edição de nossa Lei 11.343/2006 e a dita despenalização das condutas do usuário. Isto, por óbvio, não excluiu a necessidade de discussão quanto ao proibicionismo direcionado ao traficante.

Thiago Rodrigues traz importante contextualização do proibicionismo enquanto tendência e, não só, de realidade concreta:

Como tônica da Proibição, a guerra às drogas jamais se aproximou da meta em erradicar o negócio e o consumo de psicoativos no mundo. O caráter militar assumido pela luta internacional contra as drogas ilícitas deve ser encarado não como uma inovação completa do proibicionismo, mas sim como a transposição para o plano internacional da lógica coercitiva e policial de controle social consolidada localmente pela via da repressão a consumidores e negociantes de substâncias psicoativas. Com isso, afirma-se que a dimensão diplomático-militar assumida pela Proibição é um desdobrar das táticas de controle social brotadas no

---

portamento em questão – parece-me, entretanto, bastante duvidoso, em especial porque ele prova demais: esse critério permite criminalizar o adultério, a troca de casais e muitos outros comportamentos sexualmente desviantes” (GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, bem jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.55).

<sup>60</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A Palavra dos Mortos* – Conferências de Criminologia Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>61</sup> DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua Criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2004; DE CASTRO, Lola Aniyar. *Criminologia da Libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 171-173.

início do século XX que forja uma inusitada modalidade de prevenção geral internacional. Questionado como solução universal para a questão do comércio e uso de psicoativos, o proibicionismo vem sendo alvo de críticas que procuram apontar saídas alternativas e novos percursos que prescindam da condenação e da criminalização como caminho para lidar com as drogas, substâncias envoltas em hábitos e práticas que se apresentam, aos olhos de cada vez mais observadores, como não suprimíveis ou incontornáveis<sup>62</sup>.

Os efeitos das políticas proibicionistas são bastante concretos e significam sangue derramado. Além disso, são inegáveis os reflexos em nossas hiperinflacionadas taxas de encarceramento, bem como nos homicídios, especialmente os de jovens e negros. Conforme Vera Guilherme e Gustavo Ávila:

Uma das recrudescências trazidas pela lei 11.343/06 é irrelevante para o universo de autores preocupados com os usuários: por trás de seu discurso universalista, esconde a questão social envolvida na determinação de quem serão os encarcerados. Os encarcerados serão os traficantes, marcados por uma definição de classe social e de sua incapacidade ou pouca capacidade para consumo de bens. A princípio, a questão do usuário estaria resolvida no que se refere ao seu pior medo – o encarceramento<sup>63</sup>.

Ruggiero<sup>64</sup> refere às dificuldades em classificar, cientificamente, o termo “droga”. Não raro, tal tentativa de etiquetamento está amparada em avaliações políticas e, especialmente, morais. Dessa forma, “a palavra ‘droga’ carrega consigo uma noção de norma e de proibição; ela faz alusão a algo a que devemos manter distância: indica uma separação social. Por essa razão, ‘droga’ não é um conceito descritivo, mas avaliativo: é uma senha que implica automaticamente uma proibição”<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e abolição das penas. In: PASSETTI, Edson (Coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. 2a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 141.

<sup>63</sup> GUILHERME, Vera M.; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Abolicionismos Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 30.

<sup>64</sup> RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e Mercados – Ensaios e Anticriminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 81.

<sup>65</sup> RUGGIERO, Vincenzo, op.cit., p.81.

Além do mais, sabemos, existem muitas distorções em como é percebido o vício por parte do senso comum. Neste sentido, as pesquisas de Carl Hart têm sistematizado os equívocos que também alimentam o proibicionismo.

Um dos principais pilares da argumentação relativa à *saúde pública* é o efeito de adição derivado da utilização das substâncias (consideradas) ilícitas. Existem pesquisas demonstrando que mais de 75% dos usuários de “drogas” – seja o álcool, remédios ou as ilegais – não enfrentam o problema do vício<sup>66</sup>. Há mais de duas décadas, tem sido demonstrado que apenas são acometidos pelas chamadas “compulsões” entre 10 e 25% daqueles que experimentam até as substâncias consideradas mais “pesadas”, como heroína e *crack*<sup>67</sup>.

Além disso, as tradicionais pesquisas envolvendo ratos e a necessidade de dopamina, causada especialmente pela cocaína, também estão sendo questionadas. Isto porque, quando os roedores são colocados em um ambiente onde não existe apenas uma alavanca que libera uma nova dose da substância, o uso tende a diminuir sensivelmente<sup>68</sup>. Ou seja: os fatores ambientais/sociais são determinantes para a adição em “drogas”<sup>69</sup>.

Como sabemos, não é legítimo ao Direito Penal proteger bens jurídicos fundados essencialmente em preceitos morais, sob pena de aproximar-se muito daquilo que diz combater<sup>70</sup>. A proteção irracional ao falso bem jurídico-penal saúde pública possui uma racionalidade oculta: “os mortos existem não pelo uso de drogas feitas ilícitas, mas sim por uma política criminal de extermínio da população jovem, negra e pobre da nossa cidade”<sup>71</sup>.

Assim, o ramo jurídico-penal acaba por legitimar um verdadeiro *genocídio*, chamado de “guerra às drogas”. Em meio ao fogo cruzado, vidas de policiais, “traficantes” e inocentes são ceifadas em um ciclo (aparentemente) infundável de dores e sofrimento. Os fins declarados

<sup>66</sup> HART, Carl. *Um Preço Muito Alto*. Rio de Janeiro: Zahar, 2014, p. 23.

<sup>67</sup> HART, Carl, op.cit., p.23.

<sup>68</sup> HART, Carl, op.cit., p. 95-100.

<sup>69</sup> Cf. HART, Carl, op.cit., p.95 e ss.

<sup>70</sup> RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e Mercados – Ensaios e Anticriminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 81-82.

<sup>71</sup> ZACCONE, Orlando D’Elia Filho. *Indignos de Vida*. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 266.

são a proteção da saúde pública ou da segurança pública, porém, os resultados desse fenômeno chamado proibicionismo são vergonhosos.

No Brasil, especialmente, temos aquilo que Zaccone define como “forma jurídica de extermínio de traficantes”, os chamados “autos de resistência”:

“Se no período 2001/2011 contabilizamos mais de 10 mil pessoas mortas a partir de ações policiais em nosso estado, podemos afirmar que uma parte significativa dessas mortes foi legitimada no marco de uma ‘guerra às drogas’. Não podemos afirmar, no entanto, se neste mesmo período tivemos o mesmo número de pessoas mortas pelo consumo destas substâncias proibidas”<sup>72</sup>.

A constatação é melancólica: temos uma guerra sem sentido algum. Derramamos sangue sem justificativa racionalmente demonstrável por quaisquer das ciências criminais: dogmática, política criminal ou criminologias. É necessária a revisão urgente dos esforços de proteção a um bem jurídico inexistente, cujos resultados no sentido preventivo são risíveis.

## 6. Conclusão

Apenas a partir da teoria do bem jurídico como fundamento material da criação de normas penais incriminadoras seria possível desconstruir intervenções punitivistas alheias à realidade concreta, tal como se observa nas criminalizações referentes às drogas.

As tentativas de substituição da teoria do bem jurídico não lograram fornecer limites materiais ao poder punitivo estatal.

Nos delitos constantes da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), as criminalizações são vinculadas a um suposto bem jurídico, a saúde pública. Trata-se, porém, de um falso bem jurídico-penal. O recurso a bens jurídicos aparentes, de natureza coletiva, encobre uma antecipação indevida da atuação do Direito Penal e uma inadmissível ingerência na autonomia individual.

A ausência de um autêntico bem jurídico não é, contudo, sintoma da deficiência desse referencial material, mas manifestação de uma intervenção penal ilegítima, arbitrária e desproporcional.

<sup>72</sup> ZACCONE, Orlando D’Elia Filho. *Indignos de Vida*. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 266.



Criminalizações sem bem jurídico significam, em verdade, mera tutela da própria vigência normativa, com independência de suas bases concretas (materiais ou imateriais) relacionadas à vida em sociedade. Por essa razão, uma das mais relevantes funções assinaladas à teoria do bem jurídico é precisamente desmascarar falsos bem jurídicos<sup>73</sup> e, conseqüentemente, desnudar a desnecessidade da intervenção jurídica.

## Referências

- AMELUNG, Knut. El concepto 'bien jurídico' en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*. Trad. María Martín Lorenzo. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.227-264.
- CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*, Parte General, t. I. 5 ed. Madrid: Tecnos, 1998.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do *harm principle*. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Orgs.). *Direito Penal como crítica da pena. Estudos em Homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p.133-149.
- DE CASTRO, Lola Aniyar. *Criminologia da Libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua Criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- DWORKIN, Gerald. Paternalismo: algumas novas reflexões. Trad. João Paulo Orsini Martinelli. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v.4, n° 7, p.71-80, jul./dez. 2012.
- GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.
- GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- \_\_\_\_\_. A crítica de Stuart Mill ao paternalismo. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v.4, n° 7, p.81-92, jul./dez. 2012.
- \_\_\_\_\_. Tipos de autor e lei de tóxicos, ou: interpretando democraticamente uma lei autoritária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n° 43, 2006.

<sup>73</sup> Assim, GRECO, Luís, op.cit., p.35.

GUILHERME, Vera M.; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Abolicionismos Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

HART, Carl. *Um Preço Muito Alto*. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal. Fundamentos, estrutura, política*. Trad. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p.209-230.

HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*. Trad. María Martín Lorenzo. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.179-196.

HIRSCH, Andrew Von. El concepto de bien jurídico y el principio del daño. HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.37-52.

IENNACO, Rodrigo. *Bem jurídico e perigo abstrato: um desenho hermenêutico da ofensividade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

JAKOBS, Günther. ¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. Trad. Manuel Cancio Meliá. In: MAIER, Julio B. J.; CORDOBA, Gabriela E. (Orgs.) *¿Tiene un futuro el Derecho Penal?* Buenos Aires: Ad- Hoc, 2009, p.53-71.

\_\_\_\_\_. La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: ARA, 2007.

\_\_\_\_\_. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. ¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? Trad. Manjel Cancio Meliá. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

MILL, John Stuart. *Sobre la libertad*. Trad. Pablo de Azcárate. 3 ed. Madrid: Alianza Editorial, 2013.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*, Parte General. 9 ed. Barcelona: Reppertor, 2011.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5 ed. São Paulo: RT, 2011.

RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e abolição das penas. In: PASSETTI, Edson (Coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. 2a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 140-152.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2 ed. Trad. Nereu José Giacomolli e André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. *Sistema del hecho punible/1. Acción e imputación objetiva*. Buenos Aires: Hammurabi, 2013.

\_\_\_\_\_. El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual. Trad. Raúl Pariona Arana. In: MAIER, Julio B. J.; CORDOBA, Gabriela E. (Orgs.) *¿Tiene un futuro el Derecho Penal?* Buenos Aires: Ad- Hoc, 2009, p.73-90.

\_\_\_\_\_. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal? In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*. Trad. María Martín Lorenzo. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.443-458.

\_\_\_\_\_. *Derecho Penal*. Parte General. T. I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e Mercados – Ensaio e Anticriminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal – um trabalho de Sísifo? Trad. Luís Greco. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v.4, nº 7, p.47-70, jul/dez. 2012.

\_\_\_\_\_. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. El sistema de la teoría del delito. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites*. Trad. José Milton Peralta. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

STRATENWERTH, Günter. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*. Trad. María Martín Lorenzo. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.365-372.

TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en Derecho penal*. Trad. Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Parte General. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

ZACCONE, Orlando D'Elia Filho. *Indignos de Vida*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A Palavra dos Mortos – Conferências de Criminologia Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

# Sobre a técnica legislativa em matéria penal na lei de drogas

31

Pablo Rodrigo Alflen<sup>1</sup>

## 1. Considerações introdutórias

Há algumas décadas ressaltou Zaffaroni que para a norma se converter em pauta de conduta individual, aspira-se que o indivíduo a internalize enquanto imperativo categórico, embora seja certo que, por se tratar de uma ordem externa de conduta, jamais um ser humano internalizará a ordem jurídica integralmente<sup>2</sup>. Disso resulta, por conseguinte, uma *mera aspiração ética* por parte do Estado, na medida em que ele é obrigado a reconhecer a autonomia ética do indivíduo<sup>3</sup>. Mas para lograr tal aspiração, ainda que minimamente, deve-se oportunizar ao indivíduo meios eficazes para obtenção do conhecimento da norma, e um primeiro passo nesse sentido radica no fato de a linguagem da mesma ser acessível para ele. Essa questão, porém, já havia sido observada por Feuerbach, séculos antes, ao ressaltar que “a digna e verdadeira linguagem de uma lei é simples, porém clara, concisa” e que o legislador “não fala através de expressões filosóficas”, “ele fala a linguagem do seu povo com o sentido mais claro de pensador, e sua simplicidade está em unissonância com a exatidão e a precisão das suas ideias”.<sup>4</sup> Desde este ponto de vista, o emprego de técnicas

<sup>1</sup> Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Coordenador do Núcleo de Estudos de Processo Penal da CNPq/UFRGS. Doutor em Ciências Criminais (PUCRS), Pesquisador-visitante (*Gastwissenschaftler*) em estágio pós-doutoral na Universidade de Göttingen, Alemanha.

<sup>2</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política criminal latinoamericana*. Buenos Aires: Hammurabi, 1982. p. 14.

<sup>3</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *supra* nota 1. p. 14.

<sup>4</sup> FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*. Bd. 1, Gießen:

legislativas específicas, como a técnica de remissão das leis penais em branco, de tipos penais abertos ou de cláusulas gerais<sup>5</sup>, representaria um risco por dificultar ao indivíduo o conhecimento da norma e, ao mesmo tempo, por desrespeitá-lo como pessoa.

Porém, como advertiu Engisch, foi-se o tempo em que se acreditava ser possível fundamentar a clareza *absoluta* do direito e a segurança jurídica por meio de normas concebidas com total precisão: esse período era o do Iluminismo<sup>6</sup>. Aliás, de forma absolutamente percuente, o próprio Feuerbach já antevia esta consequência ao advertir, quanto às palavras do legislador, que “ainda que sejam compreensíveis a todos, para o pensador, qualquer uma de suas proposições é fonte rica de ideias” e isso, naturalmente, é uma decorrência da própria experiência cotidiana de que as palavras não significam sempre e em todos os lugares a mesma coisa<sup>7</sup>. Foi mérito de Wittgenstein ter demonstrado que “o significado das palavras não se esgota no objeto para o qual elas são empregadas”, pois “significado pleno elas obtêm somente por meio de seu uso num determinado contexto”<sup>8</sup>. Tais fatores necessariamente se refletem na produção dos textos de lei, pois, como esclareceu Kaufmann, fazem com que a incompletude das leis de modo algum seja vista como uma imperfeição<sup>9</sup>. As leis valem

Tasché und Müller, 1804. p. 20.

<sup>5</sup> Sobre isso veja ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Leis penais em branco e o Direito Penal do Risco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004 (nova edição em preparo); especificamente sobre cláusulas gerais em matéria penal e seus efeitos veja NAUCKE, Wolfgang. *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1973, p. 3 e ss.; sobre cláusulas gerais e cláusulas gerais exemplificativas veja SCHÜNEMANN, Wolfgang B. *Generalklausel und Regelbeispiele*. JZ, n° 06, 2005, p. 271 e ss.; sobre leis penais em branco é fundamental TIEDEMANN, Klaus. *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1969. p. 89 e ss., e 239 e ss.; sucinto KÖHLER, Michael. *Strafrecht*. AT. Berlin: Springer, 1997, p. 87 e ss.

<sup>6</sup> ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. 9ª ed., Stuttgart: Kohlhammer, 1997. p. 135.

<sup>7</sup> Nesse sentido HASSEMER Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. 2ª ed., Trad. de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Editora Sergio Fabris, 2005. p. 246.

<sup>8</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophische Untersuchungen*. Frankfurt: Suhrkamp, 2003. p. 241; com um amplo e minucioso panorama sobre o desenvolvimento da filosofia da linguagem, veja STEGMÜLLER, Wolfgang. *Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie*. Bd. II, 8. Aufl., Stuttgart: Kröner, 1987, p. 1 e ss.

<sup>9</sup> KAUFMANN, Arthur. *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik*. JZ, N° 11/12, 1975, p. 339.

para a realidade, mas a realidade é infinitamente variável e encontra-se em uma constante mudança, e justamente em razão do seu caráter multiforme e da mutabilidade dos fatos da vida, que a lei não pode ser formulada de modo absolutamente inequívoco e definitivo.<sup>10</sup>

Logo, apesar de o princípio da legalidade exigir a precisão absoluta da lei penal (em sua acepção originária, de cariz iluminista), visando, com isso, possibilitar ao máximo possível o conhecimento da matéria de proibição ao cidadão, é inegável que esta exigência encontra dificuldades em sua observância e implementação, não só em face da justaposição das palavras, isto é, da sintaxe (*o texto da norma*), como, sobretudo, da semântica e da pragmática (*a norma*)<sup>11</sup>. O emprego de conceitos indeterminados, valorativos (normativos) ou vagos na elaboração das leis penais, portanto, ainda que seja reprovado por muitos, acaba sendo uma consequência inevitável<sup>12</sup>, e, com eles, a técnica das leis penais em branco, dos tipos penais abertos e das cláusulas gerais.

A tendência ao emprego de técnicas legislativas como estas no contexto brasileiro, porém, não destoa daquela manifestada, na mesma época, no contexto de outros países<sup>13</sup>. Exemplo disso, no âmbito nacional, foi a Lei n° 6.368, de 21 de outubro de 1976, revogada pela atual Lei n° 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas).

<sup>10</sup> KAUFMANN, Arthur. *supra*, nota 8, p. 339.

<sup>11</sup> Sobre isso é fundamental HASSEMER, Winfried. *supra* nota 6, p. 245 e ss., o qual esclarece que “na ‘sintaxe’ ou ‘sintática’, trata-se das relações dos signos linguísticos uns com os outros, da gramática, da lógica, da forma, da estrutura. Na ‘semântica’, trata-se das relações dos signos linguísticos com as coisas, do significado, da experiência, da realidade. Na ‘pragmática’, trata-se das relações dos signos linguísticos com a sua aplicação nas situações concretas, trata-se da ação, da comunicação, da retórica, da narração”. Sobre a diferenciação entre norma e texto da norma compare MÜLLER, Friedrich. *Normstruktur und Normativität*. Berlin: Duncker & Humblot, 1966. p. 147 e ss.; essencial a respeito KAUFMANN, Arthur. *Analogie und „Natur der Sache“*. 2. Aufl., Heidelberg: R.v.Decker & C.F.Müller, 1982. p. 37 e ss.

<sup>12</sup> Nesse sentido ENGISCH, Karl. *supra* nota 5. p. 134 e ss.; ademais PUPPE, Ingeborg. *Kleine Schule des juristischen Denkens*. 3. Aufl., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2014. p. 33 e ss.; HASSEMER, Winfried. *supra* nota 6, p. 246 e ss.; com críticas à tendência ao emprego de conceitos indeterminados compare ALBRECHT, Peter-Alexis. *Die vergessene Freiheit. Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte*. Berlin: BWV, 2003. p. 56 e ss.

<sup>13</sup> Nesse sentido expressava NAUCKE, Wolfgang. *supra* nota 4. p. 4 e s.; também ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *supra* nota 1. p. 14, o qual ressalta a tendência no contexto latino-americano em geral; crítico a respeito ALBRECHT, Peter-Alexis. *supra*, nota 11, p. 56 e ss.

Todavia, para além da questão relativa ao emprego de técnicas legislativas, na antiga Lei n.º 6.368/1976 encontravam-se graves impropriedades terminológicas. Nos arts. 1.º, *caput*, e 2.º *caput*, da antiga lei, o legislador fazia menção tão só à “substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”, sem, no entanto, referir a expressão “drogas”<sup>14</sup>, ao passo que no art. 3.º, incisos I e II<sup>15</sup>, fazia menção às expressões “*substâncias entorpecentes e drogas* que causem dependência física ou psíquica”. Nestes dispositivos, portanto, dava-se a entender que as expressões (“*substâncias entorpecentes*” e “*drogas*”) ora se equiparavam, ora não. Tal equívoco não foi cometido na Lei n.º 11.343/2006, a qual uniformizou a terminologia ao dispor no art. 1.º, parágrafo único que “consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”<sup>16</sup>.

Em meio a acertos e desacertos, no entanto, o legislador optou, por um lado, não só em manter a técnica de remissão das leis penais em branco, como por acentuar o seu uso, e, por outro lado, em se valer de leis incompletas e, com isso, gerar maiores dúvidas no to-

<sup>14</sup> Art. 1.º É dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar na prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Art. 2.º Ficam proibidos em todo o território brasileiro o plantio, a cultura, a colheita e a exploração, por particulares, de todas as plantas das quais possa ser extraída substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

<sup>15</sup> Art. 3.º Fica instituído o Sistema Nacional Antidrogas, constituído pelo conjunto de órgãos que exercem, nos âmbitos federal, estadual, distrital e municipal, atividades relacionadas com:

I - a prevenção do uso indevido, o tratamento, a recuperação e a reinserção social de dependentes de substâncias entorpecentes e drogas que causem dependência física ou psíquica;

II - a repressão ao uso indevido, a prevenção e a repressão do tráfico ilícito e da produção não autorizada de substâncias entorpecentes e drogas que causem dependência física ou psíquica.

<sup>16</sup> De modo semelhante, tão só no sentido de ressaltar que a terminologia empregada pela Lei n.º 11.343/2006 se afastou daquela utilizada pela Lei n.º 6.368/1976, mas sem identificar a falha aqui apontada do uso indiscriminado das expressões “*substâncias entorpecentes* que causem dependência física ou psíquica” e “*drogas*” na legislação anterior, compare MENDONÇA, Andrey B.; CARVALHO, Paulo R. G. *Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, comentada artigo por artigo*. 2.ª ed., São Paulo: Gen|Método, 2008. p. 23.

cante à constitucionalidade. Nesse sentido, no presente estudo serão analisados, em um primeiro momento, alguns aspectos resultantes do emprego da técnica de leis penais em branco na Lei n.º 11.343/06 (*infra* II) e, em um segundo momento, o problema de constitucionalidade suscitado, sobretudo, em relação à majorante prevista no seu art. 40, inciso VII (*infra* III).

## 2. O uso da técnica de remissão das Leis penais em branco na Lei de Drogas

Como se sabe, ao desenvolver sua teoria das normas, o jurista alemão Binding<sup>17</sup>, orientado pelos influxos ideológicos do período (como o racionalismo historicista e o positivismo-jurídico), constatou a existência de algumas “*lex imperfectas*”, as quais – apesar de já sido denominadas previamente por Heinze de “*blinde Strafdrohungen*” (cominações penais cegas) – designou “*Blankettstrafgesetzen*” (leis penais em branco)<sup>18</sup>. Estas apresentavam como características principais, em primeiro lugar, o fato de o tipo penal estar descrito de modo impreciso, e, em segundo lugar, o fato de a matéria de proibição ser preenchida por uma autoridade local ou estadual ou, ainda, por legislação particular (atos normativos não emanados do poder legislativo), daí a clássica afirmação de que “a lei penal, temporariamente, como um

<sup>17</sup> Nesse sentido RAABE, Andreas. *Der Bestimmtheitsgrundsatz bei Blankettstrafgesetzen am Beispiel der unzulässigen Marktmanipulation*. Berlin: Logos, 2007, p. 27. Em sua teoria Binding distinguia a lei e a norma penal: a norma seria um mandato, uma proposição do Direito não legislado, ou seja, um imperativo que determina que se deve fazer ou deixar de fazer algo, e que é derivado da primeira parte da lei penal; as leis penais seriam disposições ou que contém regras gerais sobre a responsabilidade criminal ou que declaram quais são as ações puníveis e as respectivas penas; estas se constituem de duas partes o *Tatbestand* (tipo) e a *Rechtsfolge* (consequência jurídica). Com isso, Binding chegou à conclusão de que o criminoso infringe não a lei penal de acordo com a qual ele é julgado, mas sim que ele age em unissonância com a primeira parte desta lei, ele infringe a norma, compare BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. tomo I, 2.ª edição. Leipzig: Verlag Wilhelm Engelmann, 1890; um panorama aprofundado a respeito em ALFLEN, Pablo Rodrigo. *supra* nota 4. p. 1-33; ademais KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*. Göttingen Otto Schwartz. 1954, p. 234 e ss.

<sup>18</sup> BINDING, Karl. *supra* nota 16. p. 161, na nota de rodapé 9; ademais, com uma ampla análise do desenvolvimento conceitual à época, NEUMANN, Oskar. *Das Blankostrafgesetz*. Breslau: Schletter'sche Buchhandlung, 1908. p. 17 e ss.

corpo errante, procura sua alma”.<sup>19</sup> Para além destes aspectos, Binding ressaltou a flexibilidade destas leis, uma vez que nelas a matéria de proibição modifica-se facilmente, segundo as vicissitudes que sofrem os acontecimentos a que se referem. Tal concepção, naturalmente, estava em absoluta unissonância com a estrutura constitucional do Império alemão, posto que a Constituição, de 1871, atribuía o poder para legislar sobre direito penal ao Império alemão e, em alguns casos, tanto ao Império quanto aos Estados Federados.<sup>20</sup>

Esta concepção originária de leis penais em branco, de caráter *estricto*, foi, no entanto, levada adiante e ampliada por Mezger, o qual, ao inserir as leis penais em branco no âmbito da teoria tipo, categorizou-as como tipos que necessitam de complementação valorativa<sup>21</sup>. A partir daí, definiu os tipos penais em branco como sendo “aqueles tipos que já na forma exterior (portanto, não apenas pela sua necessidade de complementação valorativa) remetem a complementações encontradas desde fora”.<sup>22</sup> Nesse sentido, destacou que a *norma de complementação* do tipo em branco pode estar contida na mesma lei ou em outra lei que emane da mesma instância legislativa, e, desse modo, efetuou a diferenciação entre tipos penais em branco em sentido amplo e em sentido estrito.<sup>23</sup> De acordo com isso, nos tipos penais em branco *em sentido amplo* (também chamados *impróprios*) o tipo e a sanção encontram-se separados externamente, sendo que a sanção vincula-se apenas a um tipo que necessita ser complementado (*norma de preenchimento*), podendo-se distinguir, ainda, duas hipóteses: a) o complemento está contida na mesma lei; e b) o complemento está contido em outra lei, embora da mesma instância legislativa. Já nos tipos penais em branco *em sentido estrito*

<sup>19</sup> BINDING, Karl. *supra* nota 16. p. 162; algumas breves considerações a respeito WALTER, Tonio. Ist Steuersstrafrecht Blankettstrafrecht? In: SIEBER, Ulrich et al (Hrsg.). *Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*. Köln: Heymann, 2008. p. 972.

<sup>20</sup> BINDING, Karl. *supra* nota 16. p. 158; ademais, com esclarecimentos sobre o contexto constitucional da época ALFLEN, Pablo Rodrigo. *supra* nota 4. p. 37-39; importante também STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. V, 2. Aufl., München: Beck, 1984. p. 333 e ss.

<sup>21</sup> MEZGER, Edmund. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*. Bd. I. Berlin: Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1951, p. 84 e s.

<sup>22</sup> MEZGER, Edmund. *supra*, nota 20, p. 85.

<sup>23</sup> MEZGER, Edmund. *supra*, nota 20, p. 85 e s.

(também chamados *próprios*) o complemento está inserido em um ato normativo de instância legislativa inferior.<sup>24</sup>

A partir da primeira metade do século XX o emprego de leis penais em branco nas legislações se tornou cada vez maior. A multiformidade e a complexidade da vida em face dos problemas resultantes para os diversos setores de atividade (como economia, relações de consumo, tributação)<sup>25</sup> – cuja regulamentação é de difícil determinação, uma vez que dependem de conjunturas ocasionais e exigem, portanto, a adoção de decisões temporárias adequadas a cada uma delas – apresentou reflexos também na legislação, com o recurso a instâncias mais ágeis, onde então as leis penais em branco passaram a ser reconhecidas como um *mal necessário*. E apesar dos inconvenientes que podem surgir em razão do uso deste tipo de técnica, não é possível prescindir dela, de modo que não mais se discute se devem existir ou não, mas sim *como e em que medida* se deve permitir a utilização de tais leis no direito penal.<sup>26</sup> Justamente por isso se considera que as leis penais em branco são um “mal necessário”, e que seu emprego se justifica pela variabilidade das situações, das quais depende a lesão ao bem jurídico protegido pelo tipo em branco, pois há certos bens jurídicos cuja integridade depende de circunstâncias conjunturais, de tal modo que uma conduta que em certo momento não os afeta, em outro podem lesioná-los gravemente.<sup>27</sup> Sua *ratio essendi* se encontra, portanto, não só em um princípio de economia legislativa, senão na impossibilidade de as leis abarcarem a infinita variedade dos fatos da vida, frequentemente modificáveis no tempo. Isso decorre, portanto,

<sup>24</sup> MEZGER, Edmund. *supra*, nota 20, p. 89.

<sup>25</sup> Nesse sentido TIEDEMANN, Klaus. *supra* nota 4, p. 10 e s.; ademais TIEDEMANN, Klaus. “Wirtschaftsstrafrecht”, in *Staatslexikon*. tomo V, 7.ª edição. Freiburg i. Br.: Herder, 1995, p. 1068.

<sup>26</sup> SANTANA VEGA, *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p. 21.

<sup>27</sup> Nesse sentido CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Colombia: Editorial Temis, 1988. p. 51; compare, ainda, CURY, Enrique. Contribución al estudio de las leyes penales en blanco. *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad de Esternado de Colombia*. vol. I, nº 4, p. 9; sobre a problemática do bem jurídico na Lei de Drogas, com ampla e profunda crítica, compare CARVALHO, Érika Mendes; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica, In: BRAGA, Romulo; GUERRA, Amparo. *III Encontro de Internacionalização do Conpedi*. Madrid: Laborum, 2015. p. 132 e ss.

do fato de determinadas matérias estritamente vinculadas a setores mais dinâmicos do ordenamento jurídico serem fortemente condicionadas por circunstâncias histórico-sociais concretas, e como a atividade legiferante nestes setores é incessante, se produziria uma grave deterioração legislativa, caso se pretendesse incluir nas leis penais, de modo pormenorizado, as hipóteses que se quer proibir.

Embora já tivesse sido amplamente empregada no contexto nacional, por exemplo, nas Leis nº 1.521/1951 (crimes contra a economia popular) e nº 4.729/1965 (crime de sonegação fiscal), a técnica de remissão das leis penais em branco assumiu maior projeção na Lei nº 6.368/1976, justamente em razão de ter sido utilizada em todas as normas incriminadoras nela previstas. Isso, de modo geral, foi corroborado pelo disposto no art. 36 da lei, o qual dispôs serem “consideradas substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica aquelas que assim forem especificadas em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde”.

Evidentemente, a situação não seria diferente em relação à posterior Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), tanto que o legislador especificou já no art. 1º, parágrafo único, que se consideram “como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. Com tal disposição, porém, o legislador acabou por manter o entendimento de que a lei, em sua integralidade, dependeria de norma de complementação que delimitaria o alcance da expressão “drogas”, tornando-a, assim, uma lei penal em branco por excelência.

Contudo, o fato de o legislador permitir que a norma de complementação consista em outra lei ou ato normativo de categoria inferior gera sérios problemas de ordem prática – até então, não observados pela doutrina pátria –, pois não havendo previsão no sentido de se optar, de forma excludente, por uma ou outra modalidade de norma de complementação, abre-se a possibilidade de o preenchimento do branco ser previsto, *concomitantemente*, em lei formal e em ato normativo de categoria inferior. Isso se extrai, igualmente, da norma disposta no art. 66 da lei, a qual determina que até a terminologia da lista mencionada no parágrafo único do art. 1º ser atualizada, consideram-se drogas as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial previstas na Portaria SVS/MS nº 344/1998. Vê-se,

por conseguinte, que nem o parágrafo único do art. 1º, nem o art. 66 da Lei de Drogas estabelece alguma vedação no sentido de se adotar ambas as modalidades de norma de complementação, aliás, sequer estabelecem alguma orientação em caráter excludente, no sentido de que, utilizando-se de um, não se utilizará do outro. Quanto a este aspecto Mendonça e Carvalho referem que a matéria já teria sido objeto de regulamentação pelo Poder Executivo após a edição da nova Lei, pois “o art. 14, I, a, do Decreto 5.912, de 27 de setembro de 2006, determina ser atribuição do Ministério da Saúde publicar as listas atualizadas periodicamente das substâncias ou produtos capazes de causar dependência”<sup>28</sup>. Esta regulamentação, porém, não tem o condão de eliminar o disposto no art. 1º, parágrafo único da Lei de Drogas, o qual autorizou a especificação de drogas também através de lei. Do contrário, o Presidente da República teria excedido os estreitos limites da norma constitucional disposta no art. 84, VI, a e b da Constituição Federal, que, por um lado, não lhe autoriza modificar o teor de lei federal e, por outro lado, tão só lhe autoriza dispor por meio de decreto sobre a “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos” e a “extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”. Logo, a norma do art. 1º, parágrafo único, da Lei de Drogas acentua o problema de constitucionalidade do tipo penal em branco, ao admitir a especificação de drogas por lei e por ato normativo do Poder Executivo, pois, supondo-se haver duas normas de complementação em vigência, não há dúvida de que se dificultará, ainda mais, ao cidadão tomar conhecimento da matéria de proibição.

Pois bem, como a norma de complementação em vigor, por força do disposto no art. 66 da Lei de Drogas, consiste na Portaria SVS/MS nº 344/1998, tem-se que os tipos penais incriminadores, previstos exclusivamente nos arts. 33 *caput*, e §§ 1º a 3º, 34, 38 e 39 constituem leis penais em branco *em sentido estrito*, uma vez que o elemento da norma que necessita de complementação é representado unicamente pela expressão “drogas”.

Porém, a situação é diversa no que diz respeito aos tipos penais incriminadores previstos nos arts. 35 (associação para o tráfico), 36 (financiamento ou custeio para o tráfico) e 37 (colaboração como

<sup>28</sup> MENDONÇA, Andrey B.; CARVALHO, Paulo R. G. *supra* nota 15. p. 23

informante). Tais tipos penais incriminadores não empregam a expressão “drogas”, porém, remetem expressamente a outros dispositivos localizados na própria lei formal, de modo que, as normas de complementação dos arts. 35, 36 e 37 da Lei de Drogas, consistem nos arts. 33, *caput*, e § 1º, e 34 da mesma lei. Este aspecto, de fato, é suficiente para caracterizá-los como leis penais em branco *em sentido amplo*. Ocorre que, ao se reportarem aos “arts. 33, *caput* e § 1º, e 34” da Lei nº 11.343/2006, faz-se um uso abusivo da técnica de remissão, caracterizável como “remissão sucessiva”, visto que estes últimos se reportam, por sua vez, à Portaria SVS/MS nº 344/1998. Tal técnica de remissão, denominada pela doutrina alemã de “leis penais em branco qualificadas”, se caracteriza pelo fato de que o agente viola um decreto emitido de acordo com outro dispositivo da mesma lei.<sup>29</sup> Volkman esclarece esta hipótese utilizando justamente um exemplo da Lei de Drogas alemã. Afirma o jurista alemão que, de acordo com o § 29, 1, Nr. 11, da BtMG (Lei de Drogas alemã) “quem viola um decreto emitido de acordo com o § 11, 2, 2, Nr. 1 ou com o § 13, 3, 2, Nr. 1 ou 3, na medida em que, por um determinado fato, se refira a esta norma penal”, “será punido com pena privativa de liberdade de até 5 anos ou com multa”. E o § 11, 2, 2, Nr. 1 da própria BtMG, por exemplo, “autoriza o governo a limitar ou proibir, por meio de decreto, a importação, exportação ou transporte de drogas, em determinada quantidade, de ou para certos Estados”<sup>30</sup>. Logo, para incorrer nas penas do § 29, 1, Nr. 11 da BtMG deve o cidadão violar o decreto que regulamenta o § 11, 2, 2, Nr. 1 da mesma lei.

Assim, comparativamente, o financiamento da distribuição de substâncias constantes da lista da Portaria SVS/MS nº 344/1998, mediante violação do seu art. 2º (sem a autorização especial concedida pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde), constitui o crime tipificado no art. 36 da Lei nº 11.343/2006.

Quanto a isso já nos manifestamos em outro lugar, referindo que “os riscos que surgem em razão da admissibilidade de uma segunda remissão são graves, de forma que deve ser rechaçada no caso de leis penais em branco”, sendo que os motivos para a proibição de remissões sucessivas “baseiam-se, em regra, nos problemas de ordem

<sup>29</sup> VOLKMANN, Uwe. Qualifizierte Blankettnormen. ZRP. Heft 6, 1995, p. 220 e ss.; bem como RAABE, Andreas. *supra* nota 16, p. 27.

<sup>30</sup> VOLKMANN, Uwe. *supra* nota 28, p. 221.

constitucional resultantes de sua utilização”<sup>31</sup>. Por um lado, tem-se que a segurança jurídica pressupõe a precisão e clareza da lei penal, e esta é aniquilada quando o conhecimento da matéria de proibição deve ser obtido a partir da remissão a normas que, por sua vez, remetem a outras. Ademais, corre-se o risco de que tais remissões sucessivas conduzam à delegação de poderes<sup>32</sup>. Portanto, os tipos penais previstos nos arts. 35, 36 e 37 da Lei nº 11.343/06 constituem, sem dúvida, hipóteses de inadmissíveis remissões sucessivas e evidenciam, por conseguinte, a tendência do legislador em flexibilizar cada vez mais as garantias do cidadão em face de um Estado opressor.

Nesse sentido, inclusive, é conveniente mencionar a Sentença nº 283/2006, em que o Tribunal Constitucional Espanhol entendeu que viola o art. 25.1 da Constituição Espanhola<sup>33</sup>, desde a perspectiva da exigência de *lex certa*, o fato de o art. 403 do CP Espanhol<sup>34</sup>, enquanto norma penal em branco, recorrer à remissões sucessivas. Referiu a Corte que não se deve recorrer a uma “remissão normativa em cadeia” para estabelecer o conteúdo de proibição do art. 403 do CP Espanhol, sendo que o limite de dita remissão tem de se esgotar no Real Decreto 127/1984, de modo que viola a garantia de certeza o fato de descer, em um segundo nível, a uma resolução administrativa reguladora<sup>35</sup>.

### 3. A (in)constitucionalidade da majorante do art. 40, VII da Lei de Drogas

O princípio *ne bis in idem*, que vem do direito romano e faz parte da tradição democrática do direito penal, nada mais é do que

<sup>31</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *supra* nota 4, p. 155-156.

<sup>32</sup> CURY, Enrique. *supra* nota 26, p. 9.

<sup>33</sup> Art. 25, 1, “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

<sup>34</sup> O art. 403 do Código Penal espanhol, vigente à época da decisão dispunha: “El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de tres a cinco meses”.

<sup>35</sup> Cfe. Tribunal Constitucional Espanhol, Primeira Sala, Sentença nº 283/2006, de 11/10/2006, disponível em <<https://www.boe.es/boe/dias/2006/11/16/pdfs/T00025-00032.pdf>>, acesso em 10/07/2016.



corolário do ideal de justiça, uma vez que determina que jamais alguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato<sup>36</sup>. Dito de outro modo, jamais uma mesma circunstância pode ser levada em consideração mais de uma vez para punição de um mesmo indivíduo, e isso para evitar a dupla punição.<sup>37</sup>

Diferentemente do que ocorre no ordenamento alemão, o qual prevê o princípio *ne bis in idem*, expressamente, na própria Lei Fundamental<sup>38</sup>, no ordenamento brasileiro tal princípio não está consolidado em preceito constitucional originário e justamente por este fator, tal aspecto foi objeto de divergência no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF). Em acórdão de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, a Primeira Turma do STF ressaltou que “a adoção do princípio do *ne bis in idem* pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar.”<sup>39</sup>

<sup>36</sup> Assim HASSEMER, Winfried. *supra* nota 6, p. 247; igualmente NAUCKE, Wolfgang. *Strafrecht. Eine Einführung*, 10. Aufl., Neuwied: Luchterhand, 2002. p. 169, referindo expressamente “ne bis in idem = es darf wegen der gleichen Sache nicht zweimal bestraft werden”; igualmente FREUND, Georg. *Strafrecht. AT*. 2. Aufl., Berlin: Springer, 2009. p. 11-12; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, 4. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1988. p. 158-159; restringindo-se à perspectiva processual SEELMANN, Kurt. *Strafrecht. AT*, 5. Aufl., Basel: Lichtenhahn, 2012. p. 178; KREY, Volker; ESSER, Robert. *Deutsches Strafrecht. AT*. 5. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, 2012. p. 102-103; HEINRICH, Bernd. *Strafrecht. AT*. 4. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, 2014. p. 17 e 26-27; com ampla análise desde o ponto de vista internacional AMBOS, Kai. *Internationales Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe*. 4. Aufl., München: Beck, 2014. p. 88 e ss.

<sup>37</sup> A respeito, inclusive, já referiu o Supremo Tribunal Federal que “A lei brasileira não admite seja o indivíduo processado criminalmente por delito pelo qual foi condenado, consagrando a regra, que vem do direito romano, do *non bis in idem*: não se pune duas vezes a um acusado pelo mesmo crime” (STF, Ext. 871-4/República da Grécia, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ. 12.03.2004).

<sup>38</sup> O princípio está previsto expressamente na GG (Lei Fundamental Alemã), no art. 103, alínea 3, que refere “Ninguém pode ser punido mais de uma vez pelo mesmo fato com base nas leis penais gerais”, compare HEINRICH, Bernd. *supra* nota 35. p. 17; também AMBOS, Kai. *supra* nota 35. p. 89; fundamental a respeito PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte. Staatsrecht II*. 30. Aufl., Heidelberg: C.F.Müller, 2014. p. 314 e ss.

<sup>39</sup> STF, HC 86.606/MS, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ. 03.08.2007, p. 86.

Tal interpretação encontrou amparo no art. 5.º, § 2.º da Constituição Federal, o qual estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. De acordo com isso, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), de 1969, incorporada ao sistema brasileiro pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, ao prever no art. 8.º, n. 4, expressamente, o princípio *ne bis in idem*, assim como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), incorporado ao sistema brasileiro pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, ao também prevê-lo, expressamente, no art. 14, 7, o teriam inserido entre os demais direitos e as garantias individuais previstos na Constituição. No mesmo sentido se poderia afirmar em relação ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, incorporado ao sistema brasileiro pelo Decreto nº 4.388, de 25.09.2002, também prevê, expressamente, em seu art. 20, o princípio *ne bis in idem*.

Entretanto, conforme decidiu o STF, por ocasião do julgamento do RE 349.703, embora sejam Pactos Internacionais protetivos de direitos humanos, aprovado nos termos do artigo 5º, § 3º, da CF, a CADH e o PIDCP assumem o status de *normas supralegais e infraconstitucionais*<sup>40</sup>. Nesse sentido, o princípio *ne bis in idem* passa a assumir o status de norma *supralegal e infraconstitucional*, de modo que, qualquer norma infranconstitucional que com ele estiver em conflito, será inaplicável.

Este princípio assume dupla função na ordem jurídica. A primeira função é dirigida ao legislador, o qual, tendo uma visão ampla de todo o ordenamento jurídico, não pode (jamais) produzir ou permitir incompatibilidades ou rupturas no sistema, que conduzam à criação de regras

<sup>40</sup> “Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão”, STF, RE 349703/RS, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, Julgado em 03/12/2008.

que afetem as garantias dos cidadãos, em especial, no sentido de conduzir a uma dupla punição. Isso, aliás, é decorrência, também, do princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) que “se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins”<sup>41</sup>. Nesse sentido, como referem Hauptmann e Rübenthal “o legislador, sem dúvida, pode, de acordo com discricionariedade apropriada, introduzir novos tipos penais, quando o preceito estiver conforme à Constituição e, principalmente, for proporcional” e, para isso, “é suficiente que a lei seja necessária e adequada e não intervenha de maneira desproporcional no direito fundamental à liberdade geral de ação e (devido à pena privativa de liberdade cominada) à liberdade de locomoção afetadas pela ameaça de pena”<sup>42</sup>. Essa ideia corresponde à aplicação corrente do princípio da proporcionalidade como limite às limitações dos direitos fundamentais (proibição de excesso). Assim, a primeira função do princípio *ne bis in idem*, de ordem *garantidora*, diz com o respeito às garantias constitucionais dos cidadãos por parte do legislador, já no momento de elaboração das leis penais. Uma lei penal que autorize a dupla punição, por estabelecer expressamente, por exemplo, uma circunstância como majorante de pena em relação a um crime, cuja circunstância já constitui elementar desse mesmo fato punível (portanto, integrando o tipo penal fundamental) é inconstitucional por violar o princípio da proibição de excesso, face à inobservância à vedação de *bis in idem*. Aliás, pode-se afirmar, ainda, que, por implicar em autorização de dupla punição, tal lei seria injusta. E aqui apelamos à famosa *fórmula de Radbruch*<sup>43</sup>, segundo a qual “a contradição entre a lei positivada e a justiça atinge uma medida tão insuportável, que a lei, enquanto ‘direito injusto’, deve ceder à justiça”. A justiça *in concreto* somente se daria por meio da declaração de inconstitucionalidade do preceito violador de garantia fundamental.

<sup>41</sup> MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007. p. 320.

<sup>42</sup> Conforme HAUPTMANN, Markus; RÜBENTHAL, Markus. Zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit einer Doping-Besitzstrafbarkeit de lege ferenda – insbesondere gemessen am “Cannabis-Urteil” des BVerfG. *HRRS*, Heft 4/2007, p. 144.

<sup>43</sup> RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in *Rechtsphilosophie* (Organizada por E. Wolf e H.-P. Schneider), 1973, p. 345: “*der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‘unrichtiges Recht’ der Gerechtigkeit zu weichen hat*”.

A segunda função, propalada na doutrina em geral<sup>44</sup>, de ordem *concretizadora*, é dirigida ao julgador e diz respeito ao rechaço à dupla punição, no sentido de que, quando da condenação, jamais o julgador pode levar em consideração mais de uma vez uma mesma circunstância em prejuízo do réu, evitando, assim, a dupla punição. De qualquer forma, cremos que a primeira função inclusive evita a arbitrariedade por parte do julgador. Isso porque o juiz está vinculado à lei e, como refere Hassemer, “a vinculação do juiz é elemento necessário de qualquer justiça consistente”<sup>45</sup>. Assim, em havendo regra determinando, por exemplo, aumento de pena (majorante) e observando o julgador a respectiva circunstância fático-concreta que autoriza sua aplicação, deverá fazê-la incidir sobre a pena por se tratar de determinação legal. Ademais, os atos praticados pelos julgadores devem ser controláveis, tanto que este é o principal fundamento para o princípio da motivação das decisões (art. 93, IX, CF). E é somente a partir da motivação da decisão que se poderá vislumbrar a (in)observância ao princípio *ne bis in idem*. Veja-se, por exemplo, o caso de furto praticado em repouso noturno (art. 155, § 1º, CP): quando da aplicação da pena, este aspecto não poderá ser levado em conta como circunstância judicial (art. 59, CP) em desfavor do réu por ter facilitado a prática do delito, posto se tratar de uma circunstância majorante da pena; caso contrário, haverá violação ao princípio *ne bis in idem*.

Esclarecidos tais aspectos surge a seguinte questão: a elaboração de uma lei que autoriza a dupla punição será inconstitucional por violação ao princípio da proporcionalidade, face à proibição de excesso e a inobservância ao princípio *ne bis in idem*? Cremos que a inobservância ao princípio *ne bis in idem* por parte do legislador, no caso de criação de lei que autorize a dupla punição, constitui sempre hipótese de violação à proibição de excesso (*Übermassverbot*). Isso porque o princípio

<sup>44</sup> Compare na literatura brasileira: GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – PG*, Editora Impetus, 2007, pp. 128, 565 e 571; na literatura portuguesa: FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal – PG*, Coimbra Editora, 2004, p. 216.

<sup>45</sup> Veja-se HASSEMER, Winfried. *Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz*, in KAUFMANN/HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 1989, p. 222. Porém, como adverte ainda o jurista de Frankfurt “a ‘vinculação à lei’ significa que, na fundamentação de sua decisão, o juiz deve levar em conta a linguagem, a diferenciação dos problemas, as regras legais de decisão (e de concretização), o direito judicial, bem como a dogmática do direito.”

da proibição de excesso se aplica a todas as espécies de atos dos poderes públicos, vinculando, portanto, o legislador, a administração e o judiciário<sup>46</sup>, e para verificar se tal princípio foi observado é necessário identificar se o ato praticado foi adequado, necessário e proporcional<sup>47</sup>. No caso, temos que a inobservância ao princípio da proibição da dupla punição implica em falta de ponderação, sendo, portanto, o ato carente de proporcionalidade, eis que se afigurará absolutamente desproporcional o ônus imposto ao cidadão e o objetivo punitivo perseguido pela norma. É suficiente observar quanto a isso a afirmação de Mendes de que “a aferição da constitucionalidade da lei em face do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador”<sup>48</sup>, ou seja, deve-se verificar se o legislador não ultrapassou os limites da discricionariedade que lhe foi outorgada.

Pois bem, uma das principais inovações da Lei n.º 11.343/2006 está disposta no art. 36, o qual dispõe expressamente “financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1.º, e 34 desta Lei”. O dispositivo tipifica o – inexistente na antiga Lei n.º 6.368/1976 – crime de “financiamento ou custeio para o tráfico”. Naturalmente, não se pode entender que as condutas aí previstas – *financiar* e *custear* – sejam idênticas. A conduta de *financiar* compreende o ato de fornecer, disponibilizar dinheiro, fundos ou capital para algo, o que supõe a espontaneidade do agente ao colocar deliberadamente capital à disposição com o intuito de contribuir para o tráfico. Diferentemente, a conduta de *custear* compreende o ato de suportar, pagar despesas de alguém relativas a algo, mais especificamente despesas ou custos relativos à consecução do resultado ilícito.

Isso se pode vislumbrar melhor casuisticamente, ou seja, reportando-se ao aspecto material com as respectivas circunstâncias.

<sup>46</sup> Assim CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2.ª ed., Almedina, 1998, p. 264.

<sup>47</sup> Veja-se KUDLICH, Hans. Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht, JZ, Heft 3, 2003, p. 130; compare ainda ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs, Studien zur Rechtsphilosophie*, 1995, p. 269, referindo que a adequação e a necessidade resultam da dependência da medida indicada para o cumprimento da possibilidade *material*, ao passo que a proporcionalidade (em sentido estrito) pode-se deduzir da relação com a possibilidade *jurídica*.

<sup>48</sup> MENDES, Gilmar *et al.* *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília Jurídica, 2000, p. 248-249.

Assim, por exemplo, se *A*, sabendo do intuito de *B* de proceder à importação de determinada quantidade de drogas sem autorização, deliberadamente coloca à disposição deste, valores com a finalidade de contribuir com a prática do fato, praticará a conduta de *financiamento*. Por outro lado, se *B* leva a conhecimento de *A* o seu intuito de proceder à importação das drogas sem autorização, sendo que este último efetua o pagamento de despesas decorrentes da importação mediante solicitação de *B*, terá praticado a conduta de *custeio*.

Entendeu o legislador, no entanto, que tais condutas – do art. 36 – seriam as mais gravosas dentre todas aquelas previstas nas demais normas incriminadoras dispostas na Lei n.º 11.343/2006, posto que cominou pena de reclusão de 8 a 20 anos e pena de multa de 1500 a 4000 dias-multa. Em outras palavras, analisando-se desde uma perspectiva causal, pode-se afirmar que o legislador entendeu que as condutas ali previstas – no art. 36 – representariam não causas, mas sim *condições sem as quais*, por exemplo, o resultado tráfico não se produziria, daí o estabelecimento das sanções mais elevadas previstas na lei de um modo geral (tanto no que diz respeito à pena privativa de liberdade, quanto à multa). Entretanto, se esta colocação estiver correta, poder-se-á dizer que ali existe flagrante violação ao princípio da proporcionalidade, eis que, por exemplo, a conduta de fabricar aparato destinado à preparação de drogas sem autorização, prevista no art. 34 da Lei, também representa condição sem a qual o resultado tráfico não se produziria e, nesse sentido, assim como no art. 36, também deveria ser submetida a penas mais gravosas do que as cominadas para as condutas previstas no art. 33, *caput* da Lei e não, ao contrário, a penas mais brandas. Porém, descabe aqui perquirir a *voluntas* (ou *mens*) *legislatoris*, com o intuito de evidenciar uma inobservância ao critério da proporcionalidade no tocante às penas cominadas *in abstracto*.

O principal problema, aqui, radica no art. 40 da Lei de Drogas. Em tal dispositivo o legislador previu uma série de condutas e circunstâncias (nos incisos I a VII) que autorizam o julgador a majorar de um sexto a dois terços as penas previstas nos arts. 33 a 37 da Lei. E uma vez que esta majorante, por expressa disposição, deve incidir sobre as penas previstas nos arts. 33 a 37 da Lei, evidentemente, também deverá incidir sobre a pena prevista no art. 36, ou seja, sobre a pena daquele que procede ao financiamento ou custeio para o tráfico. Contudo, no inciso VII do art. 40, o legislador determinou o aumento

da pena do “agente que financiar ou custear a prática do crime”<sup>49</sup>. E quanto a isso parece que o legislador incorreu em excesso, que, inclusive, pode conduzir à inconstitucionalidade do preceito, como verificaremos a seguir.

No art. 36 da Lei de Drogas, como dito, já foram previstas as condutas de *financiar* e *custear*, sendo que pela análise do tipo objetivo se constata que em qualquer hipótese o agente que financiar ou custear a prática das condutas previstas no art. 33 *caput* e § 1.º e no art. 34 da Lei será submetido às penas cominadas para o crime de financiamento ou custeio ao tráfico (oito a vinte anos de reclusão). Nesse sentido, o comportamento consciente e voluntário de financiamento ou custeio para o tráfico conduzirá à caracterização do indivíduo como autor, desde que possua o domínio do fato (previsto no art. 36).

*Mutatis mutandis* a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso VII, da Lei de Drogas, jamais poderá ser aplicada ao agente do crime tipificado no art. 36, caso contrário, conduzirá a manifesto *bis in idem*. Afigura-se na hipótese, portanto, flagrante violação ao princípio da proibição de excesso. O excesso se dá pela falta de ponderação entre os objetivos punitivos da lei e os meios empregados para tal. Esta falta de ponderação é verificada à luz do princípio *ne bis in idem*, na medida em que o art. 40, inciso VII, da Lei, legitima a valoração de uma mesma circunstância mais de uma vez em prejuízo do réu, e isto porque tal princípio não padece lesão sem que ocorra dano irreparável à natureza e integridade do sistema constitucional, implicando, por consequência, em violação à proibição de excesso (*Übermassverbot*).

Todavia, indo além na fundamentação: a circunstância prevista no art. 40, inciso VII, da Lei de Drogas, *per se* constitui uma *contradictio in adjecto*. Isso porque não é só em relação ao agente do crime tipificado no art. 36 que a circunstância deve ser desconsiderada (por inobservância ao princípio *ne bis in idem*), senão em toda e qualquer hipótese de conduta que caracterize um dos crimes tipificados nos arts. 33, *caput* e § 1.º e 34 da Lei, uma vez que o *financiamento* ou o *custeio* para a prática dos crimes previstos nos arts. 33 *caput* e § 1.º e 34 da Lei, constitui a figura delitiva autônoma tipificada no art. 36. Assim, na situação anteriormente relatada, se *A*, sabendo do intuito de *B* de proceder à importação de determinada quantidade de drogas

<sup>49</sup> “Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: VII – o agente financiar ou custear a prática do crime.”

sem autorização, deliberadamente colocar à disposição deste, valores com a finalidade de contribuir com a prática do fato, responderá pelo art. 36, pois praticou a conduta de *financiamento*, ao passo que *B*, ao efetuar a importação, responderá pelo art. 33, *caput*. Porém, neste caso não se poderá aplicar a causa de aumento do art. 40, VII, em relação a *A*, caso contrário, haverá violação ao princípio *ne bis in idem*.

O perigo de manutenção desse preceito na ordem jurídica radica justamente nos fundamentos da admissibilidade da reincidência. Esclarecemos: quanto à reincidência, em determinado momento, um setor da doutrina pátria<sup>50</sup> referiu ser inconstitucional por implicar em dupla valoração do fato, posto que o mesmo já foi julgado e quando de sua reapreciação em outro processo, teríamos um segundo juízo sobre fato que já se encontra ao abrigo da coisa julgada, mas que teria reflexo em outro que não possui qualquer relação com o primeiro. Pois bem, quanto à isso a jurisprudência se obrigou a referir, por um lado, que “quanto à reincidência, ela decorre de previsão legal e é considerada como obrigatória, não vinga a tese de inconstitucionalidade, não configura *bis in idem*”<sup>51</sup>; por outro lado, referiu que “a reincidência não configura “*bis in idem*” inadmissível, antes indicando maior censurabilidade da conduta, a atrair tratamento penal mais severo”<sup>52</sup>. Assim, tem-se dois fundamentos a respeito: um diz que por estar prevista em lei, a reincidência passa a não configurar *bis in idem*; o outro diz que a reincidência constitui *bis in idem*, mas não um *bis in idem* inadmissível (existiria, portanto, um *bis in idem* admissível?!).

Diante disso, duas questões devem ser colocadas: a manutenção do disposto no art. 40, VII da Lei Drogas, prevendo sua aplicação sobre os crimes tipificados nos arts. 33 a 37, não constitui violação ao princípio *ne bis in idem* porque decorre de previsão legal? Caracterizaria, então, a norma, uma hipótese de *bis in idem* admissível?

A resposta à primeira questão, salvo melhor juízo, recai justamente no problema da proibição de excesso (*Übermassverbot*). Dizer que o simples fato de estar previsto em lei (e estando o juiz vinculado

<sup>50</sup> Cfe. CARVALHO, Salo de. *Antecedentes e reincidência criminal: abordagem desde o marco garantista*, in Revista de Estudos Criminais, 2001, vol. 01, p. 109 e ss.

<sup>51</sup> TJRS, Apelação Crime N° 70023238090, Sétima Câmara Criminal, Relator: Alfredo Foerster, Julgado em 10/04/2008.

<sup>52</sup> TJRS, Apelação Crime N° 70021941208, Sétima Câmara Criminal, Rel. Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 17/04/2008.

à mesma) impediria a caracterização de *bis in idem*, seria o mesmo que dizer que é impossível haver vício de inconstitucionalidade substancial por excesso de poder legislativo. Entretanto, aqui nos valem da lição de Mendes, ao afirmar que “o excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador”, disso resulta que “reconhece-se ao legislador o *poder de conformação* dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas. Veda-se, porém, o excesso de poder, em qualquer de suas formas”<sup>53</sup>. A aferição do excesso de poder envolve a apreciação da necessidade, da adequação e da proporcionalidade da providência legislativa. O critério necessidade, conforme Kudlich, “exige que o fim perseguido não possa ser alcançado através de outro igualmente eficaz, porém menos gravoso”<sup>54</sup>, e o critério adequação pressupõe que o meio proporcione o fim, sendo que, “para isso, deve-se deixar para trás toda e qualquer dúvida a respeito da efetividade empírica do direito penal no que diz respeito à proteção de bens jurídicos”<sup>55</sup>; já a proporcionalidade inexistirá ante a falta de ponderação, sendo o ato, portanto, carente de proporcionalidade, quando o ônus imposto ao cidadão e o objetivo punitivo perseguido pela norma se afigurarem absolutamente desproporcionais entre si.

Tendo isso em vista, é crível que referido preceito – art. 40, VII da Lei de Drogas – compreende excesso de poder, eis que a finalidade punitiva perseguida é ultrapassada pelo ônus que se impõe ao cidadão, evidenciando absoluta falta de ponderação caracterizada pelo excesso de punição que afronta flagrantemente a vedação de *bis in idem* – norma *supralegal* – e, portanto, afeta garantia individual. Consequentemente, pode-se afirmar a inconstitucionalidade do art. 40, inciso VII da Lei de Drogas, por violação ao princípio da proibição de excesso.

Já no que diz respeito à segunda questão, por evidente não caracterizaria “*bis in idem admissível*”. Afigura-se uma total incongruência falar em *bis in idem inadmissível* ou *admissível*. Trata-se de princípio

<sup>53</sup> MENDES, Gilmar, et al. *supra* nota 47, p. 246 e 247.

<sup>54</sup> KUDLICH, Hans. *supra* nota 46. p. 130.

<sup>55</sup> KUDLICH, Hans. *supra* nota 46. p. 131.

de categoria *supralegal*, mais especificamente, como já verificado, de garantia individual, portanto, todo e qualquer *bis in idem* por parte do legislador constitui afronta à Constituição por violação à proibição de excesso; isso, principalmente, porque constitui princípio que não comporta exceção, nem mesmo por força de reserva legal (não se pode conceber – quiçá cogitar – exceção à ideia de proibição de dupla punição), uma vez que, como advertem Pieroth e Schlink, tal princípio realiza a *segurança jurídica* e a *justiça material*.<sup>56</sup>

Em síntese, a previsão legal de aplicação da causa de aumento do art. 40, VII, aos crimes tipificados no art. 33, *caput* e § 1.º, no art. 34 e no próprio art. 36 da Lei de Drogas constitui uma *teratológica* inconstitucionalidade. Aliás, cremos tratar-se de aspecto em relação ao qual o próprio legislador deva atentar, no sentido de promover a modificação do teor do preceito. Isso porque o dispositivo consolida (legítima) atentatória violação a postulados do Estado Democrático de Direito, mais especificamente, um *bis in idem* autorizado (quiçá se possa dizer *determinado*) legalmente, que se afigura como manifesta violação à proibição de excesso (*Übermassverbot*).

Em face disso, concluímos, parafraseando Paulo Bonavides, ao afirmar que “admitir a interpretação de que o legislador pode ao seu livre alvedrio legislar sem limites, seria pôr abaixo todo o edifício jurídico e ignorar, por inteiro, a eficácia e majestade dos princípios constitucionais. A Constituição estaria despedaçada pelo arbítrio do legislador”.<sup>57</sup>

## Referências

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Die vergessene Freiheit. Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte*. Berlin: BWV, 2003.

ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs, Studien zur Rechtsphilosophie*. UTB, 1995.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Leis penais em branco e o Direito Penal do Risco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_, A técnica das leis penais em branco como instrumento oportuno em um Direito Penal do Risco. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, v. 36, 2008, p. 355-385.

<sup>56</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *supra* nota 37. p. 315.

<sup>57</sup> Cfe. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 14.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 436.

AMBOS, Kai. *Internationales Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe*. 4. Aufl., München: Beck, 2014.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. tomo I, 2.<sup>a</sup> edição. Leipzig: Verlag Wilhelm Engelmann, 1890.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 14.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, 1998.

CARVALHO, Érika Mendes; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica, In: BRAGA, Romulo; GUERRA, Amparo. *III Encontro de Internacionalização do Conpedi*. Madrid: Laborum, 2015. p. 132-155.

CURY, Enrique. Contribución al estudio de las leyes penales en blanco. *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad de Esternado de Colombia*. vol. I, n° 4, p. 3-38.

CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Colombia: Editorial Temis, 1988.

ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. 9<sup>a</sup> ed., Stuttgart: Kohlhammer, 1997.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*. Bd. 1, Gießen: Tasché und Müller, 1804.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal – PG*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FREUND, Georg. *Strafrecht. AT*. 2. Aufl., Berlin: Springer, 2009.

HASSEMER Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. 2<sup>a</sup> ed., Trad. da 2<sup>a</sup> edição alemão revista e ampliada, por Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Editora Sergio Fabris, 2005.

HASSEMER, Winfried. Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 1989. p. 220-231.

HAUPTMANN, Markus; RÜBENSTAHL, Markus. Zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit einer Doping-Besitzstrafbarkeit de lege ferenda – insbesondere gemessen am “Cannabis-Urteil” des BVerfG. *HRRS*, Heft 4/2007, p. 140-148.

HEINRICH, Bernd. *Strafrecht. AT*. 4. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, 2014.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, 4. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1988.

KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*. Göttingen Otto Schwartz. 1954.

KAUFMANN, Arthur. *Analogie und „Natur der Sache“*. 2. Aufl., Heidelberg: R.v.Decker & C.F.Müller, 1982.

\_\_\_\_\_. Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik. *JZ*, N° 11/12, 1975, p. 338-347.

KÖHLER, Michael. *Strafrecht. AT*. Berlin: Springer, 1997

KREY, Volker; ESSER, Robert. *Deutsches Strafrecht. AT*. 5. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, 2012.

KUDLICH, Hans. Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht, *JZ*, Heft 3, 2003, p. 128-132.

MENDES, Gilmar et al. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília Jurídica, 2000

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, Andrey B.; CARVALHO, Paulo R. G. *Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, comentada artigo por artigo*. 2<sup>a</sup> ed., São Paulo: Gen|Método, 2008.

MEZGER, Edmund. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*. Bd. I. Berlin: Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1951.

MÜLLER, Friedrich. *Normstruktur und Normativität*. Berlin: Duncker & Humblot, 1966.

NAUCKE, Wolfgang. *Strafrecht. Eine Einführung*, 10. Aufl., Neuwied: Luchterhand, 2002.

NAUCKE, Wolfgang. Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1973.

NEUMANN, Oskar. *Das Blankostrafgesetz*. Breslau: Schletter'sche Buchhandlung, 1908.

PIEROOTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte. Staatsrecht II*. 30. Aufl., Heidelberg: C.F.Müller, 2014.

PUPPE, Ingeborg. *Kleine Schule des juristischen Denkens*. 3. Aufl., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2014.

RAABE, Andreas. *Der Bestimmtheitsgrundsatz bei Blankettstrafgesetzen am Beispiel der unzulässigen Marktmanipulation*. Berlin: Logos, 2007.

SANTANA VEGA, *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

- SEELMANN, Kurt. *Strafrecht. AT*, 5. Aufl., Basel: Lichtenhahn, 2012.
- STEGMÜLLER, Wolfgang. *Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie*. Bd. II, 8. Aufl., Stuttgart: Kröner, 1987.
- STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Bd.V, 2. Aufl., München: Beck, 1984.
- TIEDEMANN, Klaus. "Wirtschaftsstrafrecht", in *Staatslexikon*. tomo V, 7.<sup>a</sup> edição. Freiburg i. Br.: Herder, 1995, p. 1068.
- TIEDEMANN, Klaus. *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1969.
- VOLKMANN, Uwe. Qualifizierte Blankettnormen. *ZRP*. Heft 6, 1995, p. 220-227.
- WALTER, Tonio. Ist Steuerstrafrecht Blankettstrafrecht? In: SIEBER, Ulrich et al (Hrsg.). *Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*. Köln: Heymann, 2008. p. 970-982.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophische Untersuchungen*. Frankfurt: Suhrkamp, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política criminal latinoamericana*. Buenos Aires: Hammurabi, 1982.

## Tráfico privilegiado e o caráter de crime não hediondo:

Julgamento do *Habeas corpus* 118.533 pelo Supremo Tribunal Federal

32

Yuri Felix<sup>1</sup>  
Carlos Hélder Mendes<sup>2</sup>

### 1. Introdução

A Constituição Federal em seu Artigo 5º, inciso XLIII, ao reconhecer a necessidade de tutela penal para condutas criminosas consideradas hediondas, além de emitir mandando de criminalização ao legislador ordinário, para que este defina o que vem a ser a natureza hedionda de um delito, também traz em rol taxativo, algumas condutas que julga serem equiparadas às hediondas. O tráfico ilícito de entorpecentes, portanto, considerado crime equiparado a hediondo, por sua vez, também possui resposta penal mais severa.

A discussão que nasce a partir da Lei n. 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos) é que além do legislador não ter definido o que viria a ser a natureza hedionda de uma conduta típica, elencou em rol, alguns crimes que julgou possuírem tal natureza. Sabe-se, portanto, que para que uma conduta seja criminalizada ou agravada a sua pena, deve-se

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/IBCCrim. Pós-graduado em Ciências Penais. Ex-Presidente da Comissão de Direito Penal e Direito Processual Penal da 40ª Subseção da OAB/SP. Ouvidor do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais/IBCCRIM. Professor e palestrante com artigos publicados em revistas especializadas. Advogado criminal em São Paulo.

<sup>2</sup> Pós-graduando em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp/LFG. Graduado em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB. Advogado.

obedecer ao princípio penal da legalidade, vez que é este o princípio que funciona como “efetiva limitação ao poder punitivo estatal”<sup>3</sup>.

Desta forma, e em respeito, também, ao princípio penal da taxatividade, só será hedionda ou equiparada à hedionda, a conduta que a lei, assim, definir. Logo, seriam crimes equiparados a hediondos, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo (CF, Art. 5º, XLIII), e hediondos (Art. 1º, Lei n. 8.072/90) o homicídio (Art. 121; Art. 121, §2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII), lesão corporal (Art. 129, § 2º; Art. 129, § 3º), latrocínio (art. 157, § 3º), extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º), extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º), estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º), estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B), favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, *caput*, e §§ 1º e 2º) e o crime de genocídio (Arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889), tentado ou consumado.

Nota-se que o legislador ordinário, de maneira expressa elencou as condutas cuja natureza considera-se hedionda, tanto aos consumados quanto aos tentados, de igual modo quanto aos que possuem natureza autônoma. No entanto, quanto ao crime de tráfico de drogas em sua modalidade privilegiada (Art. 33, *caput*, §4º) em nada se manifestou.

Sendo assim, o presente artigo debruça-se sobre o seguinte problema: O crime de tráfico ilícito de entorpecentes, na modalidade privilegiada, terá natureza hedionda? Sabe-se que Supremo Tribunal Federal em recente julgado (HC 118.533) decidiu em afastar a natureza hedionda do citado tipo penal. No entanto, cumpre-se em expor, mesmo que de maneira breve, a argumentação utilizada no julgado.

No primeiro capítulo deste artigo trabalhar-se-á com a Lei de Crimes Hediondos para demonstrar a fragilidade do conceito de “crimes hediondos”, tendo em vista a sua face jurídica indeterminada. No capítulo 2, por meio de dados oficiais do Departamento Penitenciário Nacional demonstrar-se-á o panorama penitenciário e a sua íntima relação com o crime de tráfico de drogas, na modalidade

<sup>3</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 21ª edição, revista ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 50.

privilegiada, principalmente no que tange à realidade carcerária de mulheres. Por fim, no capítulo 3, irá se expor a trajetória do julgado analisado, bem como dois votos de Ministros considerados essenciais para o desfecho tomado pela Suprema Corte. O primeiro, voto do Min. Edson Fachin e o segundo, voto do Min. Ricardo Lewandowski.

## 2. Lei de crimes hediondos: conceito jurídico indeterminado e inconstitucionalidades

Conforme Artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, considerar-se-á crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evita-los, se omitirem.

Trata-se, pois, de mandado de criminalização emanado da norma constitucional para que o legislador ordinário defina o que venha a ser crime de natureza hedionda. Segundo Damásio de Jesus<sup>4</sup>, hediondo é crime que, pela forma de execução ou pela gravidade objetiva do resultado, provoca intensa repulsa. Desta forma, o legislador penal por meio da Lei n. 8.072/90, Artigo 1º, trouxe em rol taxativo, crimes que julgou considerar de caráter hediondo. Em verdade, hediondo é todo aquele crime que a norma impõe um regime jurídico mais gravoso. Assim o fez também a norma constitucional, vez que em seu artigo 5º, inciso XLIII, equipara alguns crimes, dentre os quais o tráfico ilícito de entorpecentes, aos considerados hediondos.

Como discorre Lima<sup>5</sup>, dentre os diversos sistemas que o legislador pode adotar para definir quais serão os crimes hediondos (Sistema Legal, Judicial ou Misto), a legislação brasileira adotou o Sistema Legal. Quer dizer que somente aqueles crimes elencados pela legislação possuem a natureza definida por hedionda, não podendo ser ampliados com base na analogia nem por meio de interpretação extensiva.

Quanto aos crimes equiparados a hediondos “a justificativa para o constituinte originário ter separado os crimes hediondos dos equiparados a hediondos está diretamente relacionada à necessidade

<sup>4</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Novas Questões Criminais**. São Paulo: Saraiva. 1993, p. 28.

<sup>5</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 3ª ed. revista, ampliada e atualizada. Editora Jus Podivm: Salvador. 2015, p. 30 – 31.



de assegurar maior estabilidade na consideração destes últimos como crimes mais severamente punidos”<sup>6</sup>.

Para Silva Franco<sup>7</sup>, o intervencionismo penal Constitucional, pelo qual se insere a obrigação de criminalizar condutas tidas como hediondas, formula um juízo de necessidade da tutela penal. Entretanto, a definição de crime hediondo sequer tem antecedente no Direito Penal brasileiro, ou no Direito Penal alienígena. O autor afirma que “a expressão crime hediondo é totalmente estranha ao discurso criminológico”.

Cuida-se, portanto, de nomenclatura penal sem passado, não demarcada com precisão pelo legislador constituinte e carente de explicitação, nos seus elementos de composição, por parte do legislador infraconstitucional<sup>8</sup>.

Conforme Assis Toledo<sup>9</sup>, aderindo ao entendimento de Silva Franco, “o legislador constituinte de 1988, ao editar a norma do art. 5º, XLIII, criando a categoria de crimes hediondos, bem como o legislador ordinário ao regulamentar esse preceito através da Lei 8.072/90, agiram apressada e emocionalmente na linha da referida ideologia da *law and order*”.

Certo é que, para obedecer mandado de criminalização imposto pelo constituinte, o legislador ordinário utilizou-se de ampla liberdade, na medida em que como conceito jurídico indeterminado, a definição de hediondo, “dá azo a quase conversão da reserva legal em um caso de interpretação da Constituição segundo a lei”<sup>10</sup>. Desta forma, a Lei n. 8.072/90 surge com diversas contradições, erros e imperfeições técnicas e de conteúdo<sup>11</sup>, fato que ocasionou e ocasiona até hoje diversas inquietações e questionamentos.

<sup>6</sup> Id. p. 55.

<sup>7</sup> FRANCO, Alberto Silva. Crime hediondo: um conceito-fantasma à procura de um legislador penal. **Boletim IBCRIM**, São Paulo, v. 13, n. 161, p.12-13, abr. 2006. p. 12.

<sup>8</sup> Id. *Ibidem*.

<sup>9</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Crimes hediondos. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 5, n. 2, p.58-69, abr./jun. 1992. p. 59.

<sup>10</sup> FELIX, Yuri. Breves notas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos crimes hediondos e equiparados. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 10, n. 59, p.63-76, abr./mai. 2014. p. 66.

<sup>11</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. Anotações à lei n. 8.072/90 - crimes hediondos. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 3, n. 4, p.3-14, out./dez. 1990

Tais questionamentos, por vezes, foram arejados em decisões da Suprema Corte face à essência repressiva da lei, tal qual a proibição de progressão de regime, que ganhou larga proporção. Entretanto, patente era a face inconstitucional do dispositivo (§1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90), sendo então por diversos julgamentos deferida a progressão de regime para os que, condenados em crimes hediondos ou equiparados, guardassem direito ao benefício.

Segundo Moreira<sup>12</sup>, o cumprimento da pena integralmente em regime fechado, para além de um absurdo jurídico-penal, afrontava diretamente a Constituição Federal, artigo 5º, XLVI, pois ignorava o tratamento individual da pena, ao passo que lesionava inclusive as finalidades, de prevenção e repressão, da pena. É dizer ainda mais, embora o constituinte tenha deixado a critério do legislador ordinário, a formulação de critérios para o processo de individualização da pena, não significa, todavia, obstar a própria individualização<sup>13</sup>.

Quanto ao crime de tráfico de entorpecentes – por exemplo – e a aplicação daquilo que for mais favorável ao condenado, cumpre-se ressaltar o aspecto *novatio legis in melius* do Art. 33, §4º da Lei de Drogas, razão esta que deverá retroagir em benefício do réu, conforme consignou a Constituição Federal (Art. 5º, XL) (STF, HC101.511/MG, 2ª T., Rel. Min. Eros Grau, j. 09.02.2010, DJE 20.05.2010)<sup>14</sup>.

Para além, diversas são as manifestações em que há a determinação de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito. No que toca, ainda, a individualização da pena, entende-se que nem sempre o ingresso no sistema carcerário, a título de punição,

<sup>12</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. As alterações na lei dos crimes hediondos: a lei nº 11.464/2007. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 17, p.92-107, abr./mai. 2007. p. 97.

<sup>13</sup> FELIX, Yuri. A duração razoável do processo nos crimes hediondos. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 15, n. 87, p.83-93, ago./set. 2014. p. 87 – 88. “Uma coisa é admitir que o legislador ordinário apresente parâmetros diversificados de individualização; coisa inteiramente diversa é reconhecer que esse legislador possa lesar o núcleo essencial de um direito fundamental reconhecido na Constituição, por meio de um procedimento em que a própria individualização incorra. Isso constitui, sem dúvida, uma forma oblíqua de subverter a relação que deve, necessariamente, mediar entre a Constituição e a legislação infraconstitucional. O legislador ordinário está vinculado aos direitos, liberdades e garantias estabelecidos na Constituição”.

<sup>14</sup> FELIX, Yuri. Breves notas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos crimes hediondos e equiparados. **Op. cit.** p. 68.

é a resposta penal mais adequada a ser empregada pelo Estado<sup>15</sup>, principalmente por haver necessária separação entre aqueles que, eventualmente, incorrem na conduta de traficar entorpecentes, daqueles que o fazem por serem vinculados ao tráfico organizado.

### 3. O tráfico privilegiado e o panorama penitenciário

Dispõe o Artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) que aqueles que incorrerem na prática do delito de tráfico de drogas, poderão ter suas penas reduzidas de um sexto a dois terços desde que seja primário, com bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa. É o denominado pela doutrina como Tráfico de Drogas na modalidade privilegiada, uma vez que o legislador penal opta por reduzir a pena a ser aplicada, na medida em que busca, de maneira proporcional e adequada, a individualização de condutas<sup>16</sup>.

Diferem-se as condutas daqueles em que buscam por meio do tráfico de entorpecentes, exercer mercancia e o auferimento de lucros, daqueles que ocasionalmente incorreram na conduta, mas que não demonstram quaisquer maiores envolvimento com o tráfico organizado. Desta forma é que, a este delito, o Estado responde com uma pena mais branda, cujo mínimo pode chegar a 1 ano e 8 meses, portanto totalmente incompatível com o caráter hediondo, sobretudo por ser esta uma pena menor do que outras que correspondem a crimes não ditos hediondos.

Segundo Sechaira e Andrade<sup>17</sup>, a própria legislação, nesta hipótese, recomenda a adoção de penas mitigadas, vez que entender ser desnecessária a pena do *caput* do art. 33 quando se reconheça que o agente do ilícito não possui condição de “traficante contumaz”. Razão esta por não dever continuar a ser caracterizado hediondo, sobretudo, pois sendo desconhecido esse caráter em algumas hipóteses de tráfico,

<sup>15</sup> Id. *Ibidem*.

<sup>16</sup> MARCÃO, Renato. **Tóxicos: lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: anotada e interpretada**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p, 100.

<sup>17</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão e ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. **A lei de drogas e o crime de tráfico**. Boletim IBCCRIM, ano 15, nº 177, agosto, 2007. p, 3.

tal qual o tráfico privilegiado, não estariam os agentes submetidos ao obrigatório regime inicial fechado.

Conforme entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal, cuja origem foi o julgamento em sede de *Habeas Corpus* (97.256/RS)<sup>18</sup>, de relatoria do Min. Ayres Brito, tratar-se-á como inconstitu-

<sup>18</sup> Vistos, etc. Trata-se de habeas corpus, aparelhado com pedido de medida liminar, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Acórdão cuja é a seguinte: ‘PENAL ‘ HABEAS CORPUS ‘ TRÁFICO DE DROGAS ‘ CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.343/2006 ‘ REDUÇÃO MÍNIMA DO ARTIGO 33, § 4º DA LEI 11.343/2006 ‘ AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO ‘ EXAME FAVORÁVEL DE TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS ‘ AGENTE PRIMÁRIO E POSSUIDOR DE BONS ANTECEDENTES ‘ REDUÇÃO MÁXIMA ‘ SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EXPRESSAMENTE PROIBIDA ‘ ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.1. Se o legislador da Lei 11.343/06 não forneceu especificamente os requisitos para fixação do quantum da diminuição prevista no seu artigo 33, § 4º, impõe-se como critério a observância da análise das circunstâncias judiciais, não só as constantes do artigo 59, do Código Penal, como as demais mencionadas na Lei Antidrogas, e amplamente utilizadas como referencial quando se trata de fixação das penas previstas.2. Reconhecidos em favor do paciente os requisitos legais da causa especial de aumento, sendo-lhe favorável o exame de todas as circunstâncias judiciais, além de que pouca droga foi encontrada sob sua responsabilidade e o laudo se refere apenas à cocaína, afastada a diversidade da substância, ainda que apresentada de formas diferentes, a redução da pena pela minorante prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 deve ser realizada no patamar máximo.3. A Lei Antidrogas proíbe expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pelo tráfico de drogas, não se tratando de norma inconstitucional, porquanto não contraria a Carta Magna, mas visa punir com maior severidade os autores desse crime hediondo.4. Admite-se, tão-só, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando se tratar de crime cometido sob a égide da Lei 6368/76, pois até então a restrição só alcançava os crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, não se podendo ampliar o leque de restrição então estabelecido naquela oportunidade.5. Ordem parcialmente concedida para elevar o quantitativo de diminuição em virtude da minorante específica.’ 2. Pois bem, a Defensoria Pública da União, impetrante, sustenta a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/2006. O que faz sob a alegação de que a vedação, no caso de tráfico de entorpecente, da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito ofende a garantia da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal). Daí o pedido de medida liminar, formulado para suspender, até o julgamento do presente habeas corpus, a execução da pena imposta ao paciente.3. Fazendo-o, acentua-se que o poder de cautela dos magistrados é exercido num juízo prefacial em que se mesclam num mesmo tom a urgência da decisão e a impossibilidade de aprofundamento analítico do caso. Se se prefere, impõe-se aos magistrados condicionar seus provimentos acautelatórios à presença, nos autos, dos requisitos

cional a vedação à substituição da prisão privativa de liberdade em restritiva de direito conforme o § 4º, do Artigo 33 da Lei n. 11.343.

Entretanto, de qualquer forma, prevalecia o entendimento acerca da permanência do caráter hediondo do tráfico privilegiado. Segundo Marcão<sup>19</sup>, seja qual for a pena aplicada, “o crime continua listado no art. 2º, *caput*, da Lei n. 8.072/90 (Crimes Hediondos)”. Raciocínio acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça, em Súmula nº 512, em que afirma a inafastabilidade do caráter hediondo do crime de tráfico de drogas, quando da aplicação da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Limitou-se apenas, conforme Marcão<sup>20</sup>, a abrandar a pena a ser aplicada ao pequeno e eventual traficante, em virtude da razoabilidade e proporcionalidade que diferem a lesividade dos delitos.

Há que se falar, todavia, que impor regime inicialmente fechado àqueles que incorrerem nesse tipo penal é “afronta à regra da individualização”, portanto inconstitucional será a norma, que pautada na política criminal de “Lei e ordem”, obriga o cumprimento de pena em regime fechado, sem observância da individualização<sup>21</sup>.

Isso ainda se dá, em virtude da enraizada política criminal de anseios autoritários instaurados no Brasil. Como expõe Salo de Carvalho<sup>22</sup>, percebe-se, tão quão aconteceu nos Estados Unidos em 1985, “uma articulação e orquestração dos movimentos de ‘Lei e

---

da plausibilidade do direito (*fumus boni juris*) e do perigo da demora na prestação jurisdicional (*periculum in mora*), perceptíveis de plano. Requisitos a ser aferidos primo oculi, portanto. Não sendo de se exigir, do julgador, uma aprofundada incursão no mérito do pedido ou na dissecação dos fatos que lhe dão suporte, sob pena de antecipação do próprio conteúdo da decisão definitiva. No caso, não tenho como configurados os pressupostos da concessão da liminar. Motivo pelo qual indefiro o pedido. Estando o feito devidamente instruído, abra-se vista à Procuradoria-Geral da República. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2008. Ministro CARLOS AYRES BRITTO Relator. (STF - HC: 97256 RS, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 19/12/2008, Data de Publicação: DJe-022 DIVULG 02/02/2009 PUBLIC 03/02/2009).

<sup>19</sup> MARCAO, Renato. **Tóxicos: lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: anotada e interpretada**. Op. Cit. p. 153.

<sup>20</sup> Id. p. 154.

<sup>21</sup> LOPES, Jair Leonardo. **A política criminal da “lei e ordem”**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 17 – 19.

<sup>22</sup> CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (do discurso às razões da descriminalização)**. Dissertação apresentada ao curso de Pós-graduação em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina para obtenção do título de Mestre em Direito. Florianópolis, SC, 1996. p. 136.

Ordem’, ao exigirem ‘legitimamente’ do legislativo, medidas severas de combate contra às drogas”. Influência direta e fundamental para a inclusão do inciso XLIII no artigo 5º da Constituição Federal, em que são considerados inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

A partir dessa influência Norte-americana na legislação brasileira é possível observar seus impactos até o hoje. Destaca Rodrigues<sup>23</sup> que os fatores preponderantes que marcam a política de drogas no Brasil e na América Latina em geral, a partir dos anos 80, são a militarização do combate às drogas, a violência policial, a opção por um direito penal simbólico e, o aumento de penas e imposição maciça da pena de prisão como estratégia de política criminal, estes últimos relacionados com o que, aqui, se argumenta.

Ainda segundo Rodrigues<sup>24</sup>, por meio deste direito penal simbólico e o surgimento de penas mais severas, o impacto no sistema penitenciário foi notório. “Além do aumento do número de presos por tráfico de drogas com a proibição da progressão de regime – constatado a partir do final da década de 80 – aumentou o tempo de permanência na prisão”<sup>25</sup>.

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias/INFOPEN, em junho do ano de 2014, elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), o tráfico de entorpecentes é o crime que possui maior incidência no sistema prisional, com percentual de 27% (vinte e sete por cento)<sup>26</sup>. Do total de pessoas do gênero masculino privadas de liberdade, 25% (vinte e cinco por cento) é o correspondente ao crime de tráfico de drogas. Quanto ao gênero feminino, o percentual corresponde à 63% (sessenta e três por cento) o número de mulheres privadas de liberdade pelo crime de tráfico<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, faculdade de direito, 2006. p. 152.

<sup>24</sup> Id. p. 157.

<sup>25</sup> Id. *Ibidem*.

<sup>26</sup> INFOPEN-MJ. Levantamento nacional de penitenciárias INFOPEN – JUNHO DE 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> Acesso em: 26 jun. 2016 p. 69.

<sup>27</sup> Id. p. 70.

O aumento no número de prisões de mulheres cresceu em 567,4%, no período de 2000 a 2014. Mulheres que, com vinculação penal por envolvimento com o tráfico de drogas, não estão relacionadas às maiores redes de organização criminosas. Segundo o INFOPEN – MULHERES<sup>28</sup>, “a maioria dessas mulheres ocupa uma posição coadjuvante no crime, realizando serviços de transporte de drogas e pequeno comércio; muitas são usuárias, sendo poucas as que exercem atividades de gerência do tráfico”.

Deste modo, percebe-se que o proibicionismo como política de drogas implantada no Brasil, afeta diretamente o sistema penitenciário, tendo em vista o aumento de encarceramentos prolongados e a superlotação penitenciária por condenados pelo crime de tráfico de entorpecentes<sup>29</sup>.

Como demonstra Rodrigues<sup>30</sup>, a situação do sistema penitenciário brasileiro se agravou a partir da vigência da Lei de Crimes Hediondos, pelo aumento do número de presos por tráfico de drogas. Para a autora, a atual política criminal de drogas no Brasil contribui para o agravamento da população carcerária, mais ainda, a condenação de pequenos traficantes a pena de, no mínimo, três anos em regime integralmente fechado possibilitou não somente a retirada do jovem de seu convívio familiar, mas o integrou em facções criminosas, o submeteu a estigmatização, tornando-os mais vulneráveis à reincidência, seja pelo tráfico de entorpecentes, ou por crimes patrimoniais, “como resultado do aprendizado da delinquência na cadeia”.

#### 4. STF e o *Habeas corpus* 118.533

A Defensoria Pública da União impetrou *Habeas Corpus* em favor de Ricardo Vieira de Souza e de Robinson Roberto Ortega, cujo objeto era o Recurso Especial n. 1.297.936, julgado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Os pacientes foram condenados por

<sup>28</sup> INFOPEN-MJ. Levantamento nacional de penitenciárias INFOPEN MULHERES – JUNHO DE 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf> Acesso em: 26 jun. 2016 p. 5.

<sup>29</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. Op. Cit. p. 231.

<sup>30</sup> Id. p. 232.

terem incorrido no tipo penal descrito no Artigo 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a sete anos e um mês de reclusão, em regime inicial fechado, e setecentos e dez dias-multa.

O *Parquet* interpôs o dito Recurso Especial (n. 1.297.936), pois ainda em grau de apelação, buscou o reconhecimento da natureza hedionda do delito, tendo em vista que a sentença, expressamente, afastou a incidência do disposto na Lei n. 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos). No julgamento do Recurso Especial se reconheceu o caráter hediondo do delito praticado.

O desfecho se deu em 23 de junho de 2016, quando o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 118.533, decidiu que o tráfico de drogas na modalidade privilegiada (Art. 33, *caput*, §4º da Lei de Drogas), não possui natureza hedionda. A decisão, que contraria a jurisprudência da Suprema Corte, foi festejada, vez que resultará em impactos significativos na população penitenciária nacional.

A Ministra Relatora, Cármen Lúcia concedeu a ordem para o afastamento da natureza hedionda do crime praticado, sendo acompanhada pelos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Roberto Barroso, Celso de Mello, Luiz Fux e Ricardo Lewandowisk.

O então Presidente da Suprema Corte, Min. Lewandowisk, em manifestação, demonstrou o atual cenário do sistema penitenciário brasileiro, no qual, por meio do uso de dados estatísticos comprovou o elevado índice de pessoas encarceradas que possuem direta relação com o tema discutido. Fato este que levou à reforma do voto proferido pelo Min. Fachin para negar a natureza hedionda do crime de tráfico privilegiado.

Em voto, o Min. Fachin destacou a lesão ao princípio da legalidade penal. A razão lhe assiste, é sabido que o caráter de *ultima ratio* que detém a intervenção penal, “impõe necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo”<sup>31</sup>. Nesse sentido é que caberá ao legislador ordinário, criminalizar condutas e taxa-las como hediondas ou não<sup>32</sup>. O objetivo é proteger o cidadão de arbítrios estatais, ao passo que o

<sup>31</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 21ª edição, revista ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 50.

<sup>32</sup> STF **Voto Min. Edson Fachin no HC 118.533**. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/hc-traffic-privilegiado.pdf>. Acesso em 04 jul 2016. p. 1.

legislador penal passa a elencar, de maneira taxativa, aquilo que entender como uma conduta criminosa, ou se esta tem ou não caráter hediondo; bem como para oferecer a necessária segurança jurídica para o sistema penal<sup>33</sup>.

Segundo Ministro<sup>34</sup> a partir do Artigo 5º da Constituição Federal percebe-se um rol taxativo de crimes cujo caráter da gravidade o configura como hediondo ou equiparado. Entretanto, por ser taxativo não permite alcançar condutas outras, tendo em vista a violação da individualização da pena, “cuja materialização primeira recai sobre os ombros da lei ordinária, sob pena de esvaziamento da atribuição conferida pela própria Constituição (art. 5º, XLVI – a lei regulará a individualização da pena...)”<sup>35</sup>.

De igual modo se dá o tratamento ao homicídio privilegiado, em que por falta de previsão no rol de crimes da Lei n. 8.072/90, tem-se como subtraído de caráter hediondo. Não se admite, na esfera penal, ampliação mediante o uso de analogia. Quer-se dizer, pois, que o rol de crimes previstos na Lei n. 8.072/90 é de caráter estrito, “portanto, para qualificar um crime como hediondo ou equiparado, é indispensável que haja previsão legal expressa e estrita”<sup>36</sup>.

Robusta argumentação utilizada pelo Ministro Edson Fachin fez com que a Min. Rosa Weber e o Min. Teori Zavascki reajustassem seus votos para acompanhar o voto da relatora, Min. Cármen Lúcia.

Em voto, o Min. Lewandowski utilizou-se de relatórios (já relatados acima) gerados pelo Departamento Penitenciário Nacional que, suficientemente, mostram a realidade sofrida por pessoas, mais intensamente mulheres, vinculadas ao cumprimento de pena relacionado à condenação pelo tráfico minorado (ou privilegiado). Relata ainda o Ministro que o resultado da equiparação do tráfico minorado como crime hediondo resulta em diversas consequências, dentre as quais “à impossibilidade de contemplar os condenados enquadrados nessa tipificação com os institutos do indulto e da comutação de penas”<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. Op. cit. p. 51.

<sup>34</sup> STF **Voto Min. Edson Fachin no HC 118.533**. p. 2 – 3.

<sup>35</sup> Id. p. 3.

<sup>36</sup> Id. Ibidem.

<sup>37</sup> STF **Voto Min. Ricardo Lewandowski no HC 118.552**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Tfificoprivilegiado>.

Afirma o Ministro que a desproporcionalidade da resposta penal dada pelo Estado face ao traficante de drogas eventual é evidente. A relevância da participação dessas pessoas em organizações criminosas, quando existente é ínfima. Como relata, “muitas participam como simples ‘correios’ ou ‘mulas’, ou seja, apenas transportam a droga para terceiros, ocupando-se, o mais das vezes, em mantê-la, num ambiente doméstico, em troca de alguma vantagem econômica”<sup>38</sup>.

São pessoas que não apresentam viés delinquente, não desempenham nenhuma função para promover o tráfico como mercancia. Em verdade, são substituíveis para os grandes senhorios do tráfico organizado, que mesmo incorrendo em conduta tipificada, merece tratamento proporcional ao delito praticado, não se equiparando a nenhum traficante contumaz.

## 5. Considerações finais

De todo o exposto, ficou evidenciado o acerto do Supremo Tribunal Federal ao afastar a natureza hedionda do crime de tráfico ilícito de drogas, na modalidade privilegiada (Art. 33, §4º, da Lei 11.343/06), em julgamento do *Habeas Corpus* 118.533, de relatoria da Min. Cármen Lúcia.

Notou-se que o respeito ao princípio penal da legalidade, bem como taxatividade é de essencial importância para limitar o poder punitivo e proteger o cidadão de arbítrios por vezes praticados pelo Estado. Nessa toada é que se conclui que para ser considerado crime hediondo ou equiparado a crime hediondo, somente a lei ordinária poderá definir como tal, desde que de modo expresso. Viu-se que o conceito de “crime hediondo” com caráter juridicamente indeterminado acaba por permitir sua definição por meio de interpretações constitucionais que, por vezes, violam até mesmo princípios penais, e ocasiona o surgimento de contradições, erros e imperfeições técnicas.

Quanto ao tipo penal de tráfico ilícito de entorpecentes, minorado, demonstrou-se a estreita relação com o atual quadro penitenciário nacional, em que diversos são os condenados, considerados traficantes eventuais, mas que cumprem uma pena desproporcional ao seu papel frente ao delito combatido. Mostra-se severa a resposta

pdf Acesso em: 04 jul 2016. p. 1 – 2.

<sup>38</sup> Id. p. 7.

penal do Estado frente aos delitos de tráfico privilegiado e o resultado é o alargamento da população carcerária.

O destaque vai para o aumento do encarceramento de mulheres que, envolvidas em crimes de tráfico (Art. 33, § 4º da Lei de Drogas) possuem pouca significância ou nenhuma participação junto às grandes organizações criminosas que se utilizam do tráfico como mercancia. Portanto, o Supremo Tribunal Federal julgou acertadamente o HC 118.533 afastado o caráter hediondo do crime de tráfico privilegiado, tendo em vista a influência significativa que terá este julgado no cenário penitenciário e nas vidas das pessoas encarceradas, que agora poderão fazer jus a uma série de benefícios que, de certa forma, humanizam a execução penal.

## Referências

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 21ª edição, revista ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (do discurso às razões da descriminalização)**. Dissertação apresentada ao curso de Pós-graduação em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina para obtenção do título de Mestre em Direito. Florianópolis, SC, 1996.
- FELIX, Yuri. A duração razoável do processo nos crimes hediondos. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 15, n. 87, p.83-93, ago./set. 2014.
- \_\_\_\_\_, Yuri. Breves notas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos crimes hediondos e equiparados. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 10, n. 59, p.63-76, abr./mai. 2014.
- FRANCO, Alberto Silva. Crime hediondo: um conceito-fantasma à procura de um legislador penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 13, n. 161, p.12-13, abr. 2006.
- INFOPEN-MJ. **Levantamento nacional de penitenciárias INFOPEN – JUNHO DE 2014**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> Acesso em: 26 jun. 2016.
- INFOPEN-MJ. **Levantamento nacional de penitenciárias INFOPEN MULHERES – JUNHO DE 2014**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf> Acesso em: 26 jun. 2016.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Anotações à lei n. 8.072/90 - crimes hediondos. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 3, n. 4, p.3-14, out./dez. 1990.

\_\_\_\_\_, Damásio Evangelista de. **Novas Questões Criminais**. São Paulo: Saraiva. 1993.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 3ª ed. revista, ampliada e atualizada. Editora Jus Podivm: Salvador. 2015.

LOPES, Jair Leonardo. **A política criminal da “lei e ordem”**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

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

MOREIRA, Rômulo de Andrade. As alterações na lei dos crimes hediondos: a lei nº 11.464/2007. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 17, p.92-107, abr./mai. 2007.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, faculdade de direito, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão e ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. **A lei de drogas e o crime de tráfico**. Boletim IBCCRIM, ano 15, nº 177, agosto, 2007.

STF - HC: 97256 RS, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 19/12/2008, Data de Publicação: DJe-022 DIVULG 02/02/2009 PUBLIC 03/02/2009.

STF Voto Min. Edson Fachin no HC 118.533. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/hc-traffic-privilegiado.pdf>. Acesso em 04 jul 2016.

STF Voto Min. Ricardo Lewandowski no HC 118.552. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Trfico-privilegiado.pdf> Acesso em: 04 jul 2016.

TOLEDO, Francisco de Assis. Crimes hediondos. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 5, n. 2, p.58-69, abr./jun. 1992.

## Autoras e autores

### **Adrian Barbosa e Silva**

Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Mestre em Direito (área de concentração em Direitos Humanos) pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Coordenador do Grupo Cabano de Criminologia (GCRIM). Advogado.

### **Alexandre Morais da Rosa**

Doutor em Direito (UFPR). Professor da UFSC e UNIVALI. Juiz de Direito (TJSC).

### **Andressa Paula de Andrade**

Advogada. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Membro do Núcleo de Estudos Penais (NEP/UEM) e do Núcleo de Estudos em Direito e Ambiente (NEAMBI/UEM). Membro do Grupo Modernas Tendências do Sistema Criminal (GMTSC/FAE).

### **Andreza Cristina Mantovani**

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá - UEM. Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Mestre em Ciências Jurídicas pelo Programa de

Mestrado da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP.  
Professora e Advogada.

### **Antonio Eduardo Ramires Santoro**

Professor Adjunto de direito processual penal e prática penal da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ; Professor Adjunto do PPGD/ Universidade Católica de Petrópolis; Professor Adjunto do IBMEC/ RJ; Coordenador do Grupo de Pesquisa “O Sistema Penal sob Olhar Crítico”; Advogado; Pós-doutor em direito penal e garantias fundamentais pela UNLaM – Argentina; Doutor e Mestre em Filosofia pela UFRJ; Mestre em direito pela Universidad de Granada – Espanha; Especialista em direito penal econômico e da europeu pela Universidade de Coimbra – Portugal; Especialista em direito da economia pela FGV/RJ.

### **Antonio J. de F. Pêcego**

Mestre em Direito pela UNAERP. Diretor do Instituto de Ciências Penais – ICP. Professor Universitário (graduação e pós-graduação). Magistrado.

### **Carlos Hélder Mendes**

Pós-graduando em Ciências Penais pela Universidade Anhangueira-Uniderp/LFG. Graduado em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. Advogado.

### **Cidânia Aparecida Locatelli**

Pós Graduada em Direito Empresarial pela UNOESC. Pós Graduada em Direito Trabalhista pela UNINTER. Professora Universitária de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Advogada. Autora de artigos jurídicos em revistas especializadas

### **Clécio Lemos**

Doutorando em Direito pela PUC/RJ, mestre em Direito pela UERJ e bacharel em direito pela UFES. Atua como professor no curso de graduação em direito na UVV.

### **Daiane Ayumi Kassada**

Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Pós Graduada em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá. Advogada Criminalista. Membro Associada do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

### **Décio Franco David**

Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Coordenador do curso de Bacharelado em Direito e Professor de Direito Penal da Faculdade Santa Amélia (SECAL). Professor Colaborador de Estágio de Prática Forense Penal da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Colunista do site Justificando. Advogado.

### **Diego Augusto Bayer**

Doutorando em Direito Penal pela Universidad de Buenos Aires. Especialista em Direito Penal (Uniasselvi). Professor de Direito Penal e Criminologia do Centro Universitário Católica de Santa Catarina. Advogado Criminalista. Coordenador dos livros Controvérsias Criminais: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia (Volumes 01 e 02). Autor do livro Julgamentos históricos: Casos que marcaram época e algumas mazelas do processo penal brasileiro.

### **Édson Luís Baldan**

Doutor e Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Delegado da Polícia Civil do Estado de São Paulo.

### **Elaine Pimentel**

Doutora em Sociologia pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Sociologia pela Universidade Federal de Alagoas. Professora da Universidade Federal de Alagoas. Coordenadora do Núcleo de Estudos e Políticas Penitenciárias. Vice-coordenadora do Núcleo de Estudos sobre a Violência em Alagoas.



### **Érica Babini Lapa do Amaral Machado**

Doutora pela Universidade Federal de Pernambuco- UFPE. Professora da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Pesquisadora do Grupo Asa Branca de Criminologia

### **Érika Mendes de Carvalho**

Doutora e Pós-Doutora em Direito Penal pela Universidad de Zaragoza (Espanha). Professora Associada de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá (UEM). Coordenadora do Núcleo de Estudos Penais (NEP) e chefe adjunta do Departamento de Direito Público da UEM. Pesquisadora do CNPq.

### **Gustavo Noronha de Ávila**

Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Professor de Direito Penal e Criminologia na Universidade Estadual de Maringá. Professor da Graduação e do Mestrado em Ciências Jurídicas do UNICESUMAR. Advogado.

### **Gustavo Trento Christoffoli**

Mestrando em Direitos Humanos e Democracia junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Membro do Núcleo de Direito Cooperativo e Cidadania. Advogado.

### **Hugo Leonardo Rodrigues Santos**

Doutor e Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Universidade Federal de Alagoas e do Centro Universitário CESMAC. Coordenador Estadual do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM em Alagoas. Pesquisador do Núcleo de Estudos Sobre a Violência de Alagoas – NEVIAL.

### **Humberto Ribeiro Junior**

Doutor em Sociologia e Direito pela UFF, mestre em Filosofia e Teoria do Direito pela UFSC e bacharel em direito pela FDV. Atua como professor no Programa de Mestrado em Segurança Pública da UVV.

### **Isadora Vier Machado**

Professora adjunta de Direito Penal da Universidade Estadual de Maringá. Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (2010). Doutora em Ciências Humanas pela mesma instituição (2013).

### **Jéssica Maria Nogueira Bezerra de Carvalho**

Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.

### **Júlia Tasca**

Acadêmica do curso de graduação em Direito pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Jaraguá do Sul.

### **Laura Girardi Hypolito**

Mestranda em Ciências Sociais na PUCRS.

### **Leonardo Marcondes Machado**

Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC/ULCA/UNINTER. Especialista em Ciências Penais pela UNISUL/IPAN. Graduado em Direito pela UPM. Professor de Criminologia e Direito Processual Penal na Academia de Polícia Civil/SC, no Centro Universitário Católica/SC e na Faculdade Cenequista de Joinville/SC. Professor Convidado da Secretaria Nacional de Segurança Pública. Professor Convidado em Cursos de Pós-graduação em Direito Penal, Processual Penal, Criminologia e Segurança Pública. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Delegado de Polícia Civil em Santa Catarina.

### **Luciano Santos Lopes**

Mestre e Doutor em Direito pela UFMG. Professor da Faculdade de Direito Milton Campos – MG (graduação e mestrado). Membro

do Conselho de Criminologia e de Política Criminal do Estado de Minas Gerais. Advogado.

### **Luís Carlos Valois**

Juiz de Direito titular da Vara de Execuções Penais do Amazonas, mestre e doutor em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de São Paulo, membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, membro da Associação de Juízes para Democracia – AJD, membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, e porta-voz da Law Enforcement Against Prohibition (Agentes da Lei contra a Proibição) – LEAP.

### **Luiz Henrique Bianchi Madera**

Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Pós-Graduando pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. Estagiário de Pós-Graduação no Ministério Público do Estado do Paraná.

### **Luiz Rosado Costa**

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá – UEM. Especialista em Aplicações Complementares às Ciências Militares pela Escola de Formação Complementar do Exército (EsFCEx). Professor e Advogado.

### **Marco Alexandre de Souza Serra**

Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). É mestre em direito das relações sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e doutorando em direito penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

### **Marcus Alan de Melo Gomes**

Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor e mestre em Direito. Professor Associado do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará. Professor Convidado da Escola de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

(Portugal). Visiting Scholar na Durham Law School (Inglaterra). Juiz de Direito em Belém.

### **Mauro Fonseca Andrade**

Professor Titular da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de Barcelona/Espanha. Promotor de Justiça/RS.

### **Nara Borgo Cypriano Machado**

Mestre em Direito pela UNIFLU. Professora universitária. Advogada criminalista. Secretária Municipal de Cidadania e Direitos Humanos de Vitória (ES).

### **Natália Lucero**

Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis; Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UCAM; Bacharel em Direito pela UERJ; Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “O Sistema Penal sob Olhar Crítico”.

### **Neemias Moretti Prudente**

Professor de Direito Processual Penal e Legislação Penal Especial (IPE). Mestre em Direito Penal (UNIMEP/SP) e Especialista em Direito Penal e Criminologia (ICPC/UFPR). Graduando em Filosofia (UNINTER).

### **Nilo Cezar Martins Pompílio da Hora**

Professor Adjunto de direito processual penal da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ; Pesquisador do Grupo de Pesquisa “O Sistema Penal sob Olhar Crítico”; Advogado; Doutor em Educação pela UFRJ; Mestre em Direito pela UFRJ.

### **Pablo Ornelas Rosa**

Doutor em ciências sociais pela PUC/SP com estágio pós-doutoral em sociologia pela UFPR, mestre em sociologia política e bacharel

em ciências sociais pela UFSC. Atua como professor nos Programas de Mestrado em Sociologia Política e em Segurança Pública e coordena o Grupo de Pesquisa Subjetividade, Poder e Resistências – GESPOR na UVV.

### **Pablo Rodrigo Afllen**

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Coordenador do Núcleo de Estudos de Processo Penal da CNPq/UFRGS. Doutor em Ciências Criminais (PUCRS), Pesquisador-visitante (*Gastwissenschaftler*) em estágio pós-doutoral na Universidade de Göttingen, Alemanha.

### **Paula Pereira Gonçalves Alves**

Mestranda em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Franca (Unesp). Auxiliar da pesquisa: “Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão”, 2015.

### **Paulo César Busato**

O autor é doutor em Problemas atuais do direito penal pela Universidad Pablo de Olavide, Espanha, Professor da graduação, mestrado e doutorado da UFPR e da FAE e Procurador de Justiça do Estado do Paraná.

### **Rafael Altoé**

Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá-PR (UNICESUMAR). Especialista em Direito Público, Juiz de Direito na Comarca da Região Metropolitana de Maringá-PR. Professor da Escola da Magistratura do Paraná.

### **Rafael Maciel Artuzo**

Graduado em Letras pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bolsista de Iniciação Científica CNPQ.

### **Ricardo Alves Domingues**

Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Promotor de Justiça na Comarca da Região Metropolitana de Londrina – PR.

### **Rodrigo da Silva Brandalise**

Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa/Portugal. Promotor de Justiça/RS.

### **Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo**

Doutor em Sociologia, Professor da PUCRS.

### **Sebastian Scheerer**

Ex-diretor do Instituto de Criminologia da Universidade de Hamburgo e Professor do Departamento de Criminologia na mesma Universidade.

### **Soraia da Rosa Mendes**

Doutora em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília – UnB. Mestre em Ciência Política, Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Professora do PPG Mestrado em Direito “Constituição e Sociedade” do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Pesquisadora líder do Grupo de Pesquisa Sistema Penal e Garantias Fundamentais – IDP/CNPq.

### **Túlio Vianna**

Professor de Direito Penal dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da UFMG. Doutor em Direito pela UFPR, com pós-doutorado na Università di Bologna (Itália).

### **Vera Maria Guilherme**

Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Bacharel em Direito

pelo Centro Universitário Ritter dos Reis/Laureate International Universities. Advogada.

### **Victor Siqueira Serra**

Mestrando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Franca (Unesp). Membro do Grupo de Extensão Cárcere, Expressão e Liberdade (C.E.L).

### **Yuri Felix**

Doutorando e Mestre do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/IBCCrim. Pós-graduado em Ciências Penais. Ex-Presidente da Comissão de Direito Penal e Direito Processual Penal da 40ª Subseção da OAB/SP. Ouvidor do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais/IBCCRIM. Professor e palestrante com artigos publicados em revistas especializadas. Advogado criminal em São Paulo.