

“GUERRA ÀS DROGAS”: política ou polícia criminal?

Tábatha Moreira Grôpo¹

Cíntia Toledo Miranda Chaves²

RESUMO

O objetivo principal deste estudo é analisar a política de drogas adotada no ordenamento jurídico brasileiro, o sistema repressivo da Lei nº 11.343/06 e a ideologia da diferenciação (em tese) de tratamento, que prioriza direitos e garantias fundamentais ao diminuir as consequências para o usuário, mas, em contrapartida, preserva o caráter de combate ao “inimigo interno” advindo desde antigamente. Para isto, foram realizadas pesquisas bibliográficas em doutrinas - principalmente brasileiras -, revistas científicas e informativas, jornais, jurisprudências, súmulas, Código Penal, Código de Processo Penal, sítios da internet, artigos científicos ou outros que se fizerem necessários, bem como uma pesquisa documental para coleta de dados e informações. Portanto, o presente estudo conclui que a questão sobre drogas no Brasil não é um tema pacífico, pois se a atual legislação penal sobre drogas traz a despenalização do usuário para que este receba o devido tratamento e possa conviver em sociedade, ela também é responsável pela insegurança jurídica e consequentemente o encarceramento em massa. Ademais, reafirmo ao final deste artigo que a guerra às drogas não é uma guerra contra às drogas, mas contra um grupo específico de pessoas que são vistos historicamente como uma ameaça à

1 Bacharel em Direito pela Faculdades Integradas Vianna Júnior.

2 Orientadora e professora de Direito Penal na Faculdades Integradas Vianna Júnior.

segurança pública e que produz, entre os seus maiores efeitos, a perda daquele indivíduo para um sistema que não possui estruturas para ressocializá-lo.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO PENAL. DROGA. SELETIVIDADE. ENCARCERAMENTO.

INTRODUÇÃO

Atualmente, a questão sobre drogas no Brasil é regulada pela Lei Federal nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a qual trouxe, entre outras inovações, a despenalização do usuário, inserindo medidas alternativas à prisão e dando maior atenção aos mesmos.

No entanto, na finalidade de trazer segurança jurídica após as duras críticas que a lei anterior vinha sofrendo, Lei nº 10. 409/02, em vigência concomitantemente com a Lei nº 6.368/76, a atual de Lei de Drogas vigente desde 2006 ainda apresenta algumas problemáticas em seu texto legal que devem ser enfrentadas, como o excesso de discricionariedade que abre margem para subjetividades nas decisões judiciais, consequentemente dando à luz ao “superencarceramento” e caracterizando a seletividade penal.

O objetivo principal deste estudo é analisar a política de drogas adotada no ordenamento jurídico brasileiro, o sistema repressivo da Lei nº 11.343/06 e a ideologia da diferenciação (em tese) de tratamento, que prioriza direitos e garantias fundamentais ao diminuir as consequências para o usuário, mas, em contrapartida, preserva o caráter de combate ao “inimigo interno” advindo desde antigamente. Para isto, foram realizadas pesquisas bibliográficas em doutrinas - principalmente brasileiras -, revistas científicas e informativas, jornais, jurisprudências, súmulas, Código Penal, Código de Processo Penal, sítios da internet, artigos científicos ou

outros que se fizerem necessários, bem como uma pesquisa documental para coleta de dados e informações.

O primeiro tópico traz uma abordagem histórica acerca das leis anteriores à atual Lei de Drogas, isto é, a Lei nº 11.343/06 e todo o processo histórico de formação desta. O segundo tópico elucida as consequências que a atual Lei de Drogas trouxe para o ordenamento jurídico pátrio, como o aumento do encarceramento, além de violações a princípios e direitos fundamentais. Já o terceiro e último tópico aborda sobre novas perspectivas, como entendimentos e decisões jurisprudenciais no que diz respeito ao tema em questão. Por fim, foi possível concluir que a questão sobre drogas não é uma discussão pacífica e não se esgota em si mesma, devendo ser observado os anseios da sociedade por uma política menos repressiva que, no final das contas, acaba por produzir mais efeitos negativos do que positivos, não atingindo, assim, a sua verdadeira finalidade.

1 LEIS ANTERIORES À LEI Nº 11.343/06

No Brasil, a criminalização do uso, do porte e do comércio de entorpecentes surgiu a partir da instituição das Ordenações Filipinas (Livro V, Título LXXXIX) no século XVII, a qual trazia a seguinte redação de acordo com Salo de Carvalho (2016) ao destacar o texto previsto no Código Filipino:

Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimão, nem agua delle, nem opio, salvo se fôr Boticario examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio. E qualquer outra pessoa que tiver em sua caza algumas das ditas cousas para vender, perca toda a sua fazenda, a metade para nossa Câmara, e a outra para quem o accusar, e seja degradado para Africa até nossa mercê. E a mesma pena terá quem as ditas cousas trouxer, de fora, e as vender a pessoas que não forem Boticarios [...] (CARVALHO, 2016, p. 48).

De acordo com o referido autor, o Código Filipino permaneceu vigente até a entrada do Código Penal Brasileiro do Império em 1830 que, por sua vez, não mencionou nenhuma norma tipificadora envolvendo entorpecentes. Foi somente a partir da década de 1940 que ocorreu o surgimento de uma política proibicionista sistematizada, isto é, a formação de um sistema repressivo que até hoje conhecemos teve como ponto de partida a autonomização das leis criminalizadoras a partir dos Decretos 780/36 (BRASIL, 1936), bem como o ingresso do Brasil no modelo internacional de controle comandado pelos Estados Unidos (CARVALHO, 2016).

Desse modo, com a entrada em vigor do Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940), considerado rígido e autoritário, o art. 281 do mesmo dispositivo passou a ter a seguinte redação referente ao tráfico ilícito de drogas:

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar ao consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.
Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos réis.

Apesar da tentativa de intensificação do controle penal sobre as drogas, buscando o amparo do direito penal como forma de controle social, é possível perceber que o legislador utilizou de formas genéricas e termos imprecisos, uma norma penal em branco. O Código Penal buscava uma visão médica do usuário e dependente, que era visto como alguém que precisava de tratamento médico e não o cárcere como forma de solução do problema (BOITEUX, 2006).

Isso porque, conforme Boiteux (2006) ressalta o pensamento de Miguel Reale Júnior (1999), naquela época a criminalidade registrada estava relacionada a crimes como homicídio, furto, apropriação indébita e estelionato, ou seja, as drogas ainda não eram consideradas objeto de preocupação social.

Até a edição da Lei de 1976, o art. 281 do Código Penal sofreu várias mudanças. De acordo com Boiteux (2006), o ano de 1964 foi considerado um divisor de águas na política criminal de drogas no Brasil, com a entrada definitiva do Brasil no cenário internacional de combate às drogas a partir da promulgação da Convenção Única de Entorpecentes de 1961, que elencou os entorpecentes proibidos e seus derivados e aumentou a listagem das substâncias consideradas ilícitas.

Anos depois, com a vigência da Lei nº 5.726/71 (BRASIL, 1971), agravou-se ainda mais o modelo repressivo que o país vinha consolidando. Vera Malaguti Batista (2003, p. 87) evidencia o entendimento de Acselrad (1996):

A lei nº 5.726, além de manter a equiparação entre comércio ilícito e uso pessoal, permitiu o oferecimento de denúncia sem o necessário laudo toxicológico que positivava a materialidade do delito, abrindo campo para o desrespeito às normas básicas de cidadania.

É importante ressaltar que a Lei nº 5.726/71 (1971) deu interpretação extensiva para o art. 281 do Código Penal, determinado pelo Decreto-Lei nº 385 de 1968, rompendo com a diferenciação entre usuário e traficante, criminalizando o usuário com pena idêntica àquela imposta ao traficante de drogas, além de incluir um novo parágrafo: “Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.

Neste diapasão, é inegável o ranço repressivo presente no ordenamento jurídico brasileiro na época. O período conturbado que o país estava passando deixou marcas na história de quem viveu e até de quem ainda não a conhece. Com a equiparação de usuários e traficantes, a repressão imposta aos cidadãos no período da ditadura militar era escancarada. Segundo Malaguti Batista (2003, p. 88), “esta lei sintetiza o espírito das primeiras campanhas de “lei e ordem” em que a droga era tratada como “inimigo interno”.

Com a abertura política no final da década de 70, foi promulgada a Lei nº 6.368/76 (BRASIL, 1976) em meio à transição que o país vinha enfrentando. A Lei nº 6.368/76 (1976) revogou o art. 281 do Código Penal e passou a distinguir a figura dos traficantes à figura dos usuários.

Vera Malaguti (2003) ressalta a análise de Acselrad (1996), ao afirmar que a Lei de 1976 volta a distinguir a figura do traficante e do usuário, no que se refere à duração da pena de perda de liberdade, mas mantém a criminalização do usuário, ainda que recupere a exigência do laudo toxicológico. O novo dispositivo determinou aos usuários a pena de detenção de 6 meses a 2 anos e multa, bem como aos traficantes a pena de reclusão de 3 a 15 anos e multa.

Destaca-se, aqui, o art. 16 da referida lei (1976):

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para 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 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

As substâncias proibidas não estão indicadas no tipo, constituindo uma norma penal em branco que deve ser complementada por uma portaria do Ministério da Saúde. Além disso, a doutrina qualifica os crimes definidos na Lei de 6.368/76 (1976) como crimes de perigo abstrato, ou seja, não há necessidade de que ocorra efetiva lesão ao bem jurídico para que o crime esteja consumado. Outrossim, a classificação desses crimes como crimes de perigo abstrato possibilita tanto a repressão quanto a prevenção (BOITEUX, 2006).

Com o passar dos anos e, em especial com a reabertura democrática a partir da Constituição de 1988, a legislação penal sobre drogas pouco se alterou, porém aspectos externos a ela sofreram grandes mudanças, como, por exemplo, a edição da Lei nº 8.072/90 (BRASIL, 1990), também conhecida como a Lei dos Crimes Hediondos, que equiparou o tráfico de entorpecentes aos crimes considerados mais

graves para a sociedade, endurecendo sua pena, reduzindo as garantias processuais e, sobretudo, colocando o acusado por tráfico ilícito de entorpecentes numa posição repugnante, equiparando-o a tortura, fazendo jus ao nome do referido dispositivo (BOITEUX, 2006).

A autora também aponta que as consequências da equiparação do tráfico de entorpecentes no sistema penitenciário foram imensas: aumentou-se o número de presos por crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes, bem como o tempo de permanência na prisão. Além disso, aumentaram-se também as diferenças legais entre o usuário e o traficante, pois a simples capitulação no art. 12 ao invés do art. 16 da Lei nº 6.368/76 (1976) era capaz de fazer com que o acusado não tivesse direito à liberdade provisória, fiança e progressão de regime.

Em 2002, foi editada a Lei nº 10.409/02 (BRASIL, 2002), um novo dispositivo que tinha como objetivo revogar por completo a Lei nº 6.368/76 (1976). No entanto, essa nova lei possuía diversas falhas e lacunas, o que gerou por consequência a revogação da maior parte de seu texto legal e sendo mantida somente a parte processual. Desse modo, estavam vigentes no país dois dispositivos legislando sobre a mesma matéria: de um lado, a Lei nº 6.368/76 (1976), que já não acompanhava as mudanças que a sociedade sofreu e, de outro, a Lei nº 10.409/02 (2002), considerada omissa.

Neste sentido, o contexto de formação da atual Lei de Drogas, Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006), levou em consideração o cenário que o Brasil estava vivendo na época. Com a vigência de duas leis legislando sobre o mesmo assunto, estava instalada a insegurança jurídica aliada à política repressiva consolidada de “guerra às drogas”.

1.1 A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006

A entrada em vigor da atual Lei de Drogas está relacionada à urgência de uma uniformização legislativa diante de um conflito de normas em que o Brasil

presenciava à época. Como mencionado anteriormente, estava vigente no ordenamento jurídico brasileiro parte do texto aprovado da Lei nº 10.409/02 (2002) e, ao mesmo tempo, a Lei nº 6.368/76 (1976), que não havia sido revogada por completo.

Salo de Carvalho (2016, p. 103) explica:

A inadequação histórica da Lei 6.368/76, após 30 anos de vigência, aliada ao amplo processo de descodificação do direito penal, ocorrido durante a década de 1990, tornaram absolutamente complexo o sistema brasileiro de controle de drogas ilícitas. A publicação de inúmeros estatutos penais, que direta ou indiretamente afetam a política criminal de drogas, e a tentativa frustrada de renovação normativa, com publicação parcial do texto da Lei 10.402/02, ratificaram a ambiguidade e a contraditoriedade dos mecanismos de criminalização primária e secundária.

Logo no art. 1º, parágrafo único, a Lei nº 11.343/06 (2006) traz o conceito de droga como toda substância ou produto capaz de causar dependência, especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo. Vale lembrar que no Brasil a regulamentação do que é considerado ou não droga compete a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), órgão vinculado ao Ministério da Saúde e responsável pela publicação de uma Portaria atualizada periodicamente contendo as substâncias que são controladas no território nacional.

Assim, a atual Lei de Drogas já possui críticas por continuar a se valer de uma lei penal em branco, isto é, a falta de definição específica para o que é considerado droga ou não, dependente sempre de uma Portaria atualizada pelo órgão de controle, constituindo uma lei de conteúdo incompleto que necessita de complementação para ser aplicada (SILVA, 2018).

Dentre várias questões pontuais que podem ser discutidas com a Lei nº 11.343/06 (2006), destaca-se aqui a tentativa de diferenciação entre o usuário e o

traficante, conforme Silva (2018, p. 23) observa: “vitimiza o usuário/dependente e demoniza o traficante”.

Nesse sentido, Salo de Carvalho (2016) afirma que a base ideológica da atual Lei de Drogas manteve a mesma ideia da Lei nº 6.368/76 (1976): a ideologia da diferenciação. Enquanto na Lei de 1976 os arts. 16 e 12 tipificavam a conduta respectivamente do usuário e do traficante de drogas, a Lei nº 11.343/06 (2006) reforçou essa diferenciação em seus arts. 28 e 33.

Contudo, a grande alteração que a atual Lei de Drogas trouxe foi a despenalização do usuário/dependente de drogas. O art. 28 prevê medidas como a advertência, a prestação de serviços à comunidade e a imposição de medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo para aqueles que se enquadrarem no caput da referida lei (SILVA, 2018).

Diante disso, vale ressaltar §2º do art. 28 (2006):

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

Ora, tal preceito carrega o nítido caráter da seletividade penal presente na Lei de Drogas. Luís Carlos Valois (2019, p. 451) afirma que “os réus não estão sendo julgados simples e unicamente pelos fatos que cometeram, mas pela conjuntura social e pela própria visão moral do juiz”, devido ao fato do poder discricionário que a própria legislação confere.

São inúmeras as controvérsias que a atual legislação penal de drogas possui, porém, este trabalho não se propõe a esgotar o tema, limitando-se ao título do mesmo. O que se busca aqui é pontuar dentro do dispositivo legal que a falta de critérios objetivos para distinguir o usuário do traficante levou a seletividade do

tratamento, enraizada no ordenamento jurídico brasileiro há séculos e manifestada até hoje (BOITEUX, 2006).

2 A ATUAL LEI DE DROGAS E O “SUPERENCARCERAMENTO”

Ao longo do tempo, o modelo proibicionista reafirmado na atual Lei de Drogas foi ganhando cada vez mais espaço e a existência de uma política repressiva gerou uma série de consequências, como o cenário que se estabeleceu no país, nas palavras de Braga (2017), um cenário de exclusão social e inclusão prisional.

Desse modo, Gabriela Braga (2017) analisa que desde a entrada em vigor da Lei nº 11.343/06 (2006) houve, de um lado, o aumento de pessoas incriminadas por tráfico de drogas e, de outro a diminuição por uso de entorpecentes. Além disso, a autora destaca o estudo de Marcelo Campos (2015), ao concluir que há uma rejeição do judiciário no que se refere ao deslocamento dos usuários que deveriam receber o devido tratamento pelo sistema saúde, valorizando a pena de prisão para estes.

Neste diapasão, Braga (2017, p. 16) afirma que “ainda que o objetivo inicial da legislação fosse a proteção e a prevenção, foi o caráter repressivo que caracterizou o novo dispositivo na realidade concreta”.

De acordo com o relatório disponibilizado pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, entre os anos 2000 e 2016, a população carcerária no Brasil aumentou 157%, chegando a ultrapassar pela primeira vez na história, em Junho de 2016, o contingente de 700 mil pessoas privadas de liberdade – naquele ano o número era de 726.712 pessoas, último dado tabulado –, o que representa um aumento de 707% em relação ao total registrado no início dos anos 90 (INFOPEN, 2016).

Do total de presos, apenas 5,8% era composto por mulheres. Entretanto, nesse universo consideravelmente pequeno, mais de 62% das prisões do

contingente feminino estão relacionadas ao tráfico de drogas, enquanto a população masculina representa 26% (INFOPEN, 2016).

Isso se deve ao fato de que muitas dessas mulheres possuem baixa escolaridade e se submetem a falsa sensação de “ganho fácil” advinda do mercado informal e ilegal, justamente para garantir boas condições de vida para elas e seus filhos. Dificilmente o perfil de uma mulher, geralmente negra, pobre, com baixa escolaridade, jovem e mãe solteira, que colabora para este sistema consegue sair fácil desse sistema. Pelo contrário, o tráfico sustentado pelas grandes facções se tornam pesadelos em suas vidas e aquilo que no início começou por motivos de falta de renda a partir de agora está relacionado às ameaças constantes de vida ou morte (ALVES; SERRA, 2016).

É nesse contexto que Boiteux (2006) afirma que o sistema penitenciário brasileiro age como forma de controle social sobre as classes mais vulneráveis e desfavorecidas. O fato de uma mulher entrar para o sistema por tráfico de drogas não faz dela uma grande traficante, mas alguém que encontrou no tráfico uma fonte de renda fácil para o sustento da própria família, uma vez que a lucratividade no mercado informal é um fator atrativo.

Contudo, apesar do grande número de mulheres entrando no sistema carcerário por crimes relacionados ao tráfico, é possível verificar que a grande questão está no recrutamento de jovens marginalizados. Conforme dados disponibilizados pelo DEPEN, o crime de tráfico de drogas corresponde a 28% dos registros da população carcerária total. É a maior incidência dentro do sistema carcerário. Logo após vêm os crimes de furto e roubo que juntos correspondem a 37% e, em seguida, o crime de homicídio representando 11% (INFOPEN, 2016).

Além disso, do universo total de presos no Brasil, a maioria está na faixa de 18 e 29 anos e cerca de 64% da população prisional é negra (INFOPEN, 2016), fato que reafirma que a figura do “inimigo interno” está na estigmatização do jovem negro, pobre, marginalizado e visto como uma ameaça à segurança pública.

Outro fator importante a ser destacado é a tipificação do crime de tráfico de drogas na Lei dos Crimes Hediondos. Boiteux (2006, p. 231) analisa que “o impacto da lei dos crimes hediondos no sistema penitenciário brasileiro é impressionante”, uma vez que após um pouco mais de uma década de vigência da lei dos crimes hediondos a população carcerária brasileira praticamente triplicou.

A tipificação do tráfico de drogas na lei dos crimes hediondos equipara a figura do traficante com o terrorista e o torturador, além de não permitir, entre outras medidas severas, a concessão de anistia ou graça, expressamente vedada no art. 5º, XLIII da CF/88 (BRASIL, 1988).

Para Valois (2019), o legislador, ao equiparar o tráfico de drogas à tortura e ao terrorismo, agiu baseado no senso comum e na concepção de que o traficante de drogas é um criminoso violento e, assim, as prisões brasileiras, que sempre foram caracterizadas pela superlotação e pela falta de investimento tiveram sua situação ainda mais agravada com a vigência da lei dos crimes hediondos e o aumento do número de presos por tráfico de drogas.

2.1 Discricionariedade e violação a princípios constitucionais

A grande discricionariedade presente na legislação penal de drogas, seja a do agente policial que possui o primeiro contato com o sujeito que é detido, seja a do Poder Judiciário ao julgar o caso em concreto, confere um juízo de adequação, na visão de Irenice Xavier (2016), ou seja, em seu artigo a referida autora evidencia que “a discricionariedade é nada mais do que a manifestação da natureza funcional, a faculdade de escolha quando a Lei não é clara”.

Entretanto, talvez este seja um dos maiores problemas a ser enfrentado – não de hoje – no que se refere à questão das drogas no Brasil: os critérios utilizados para diferenciar o real traficante do usuário dependente e as falhas e lacunas não preenchidas na lei que permitem uma interpretação extensiva e a grande

discricionariedade para a manutenção da ordem. Valois (2019, p. 369), ao estudar o Estado policial e a violência institucionalizada, afirma:

Quando a atividade policial não se limita ao essencial, caindo no extremo de abranger qualquer pessoa com características suspeitas, a critério do agente de serviço, limitando-se direitos e garantias em nome de uma guerra subjetiva, porque guerra contra substâncias facilmente portáteis, maleáveis, mescláveis, o Estado transforma-se efetivamente em um Estado policial.

Valois (2019) observa que é a conjugação do poder da polícia, combinada à sua discricionariedade limitada a alvos definidos e selecionados e mais a desumanização de uma parcela da população que resulta no descaso com certas exigências formais nos procedimentos. A maioria das apreensões ocorrem devido as “atitudes suspeitas”.

...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. (ROSA; RIBEIRO JÚNIOR; LEMOS, 2016, p. 147).

O juiz, por sua vez, 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 (VALOIS, 2019).

Isso porque a própria lei propicia isto. Pedro Magalhães Ganem (2018) observa em seu artigo que, ao levar em consideração critérios como local e condições em que se desenvolveu a ação, por exemplo, faz com que as circunstâncias das prisões sejam praticamente as mesmas: o sujeito estava num lugar suspeito, com atitude suspeita, com muito ou pouco dinheiro trocado, entre outros discursos que alimentam a retórica desse sistema.

Portanto, Vera Malaguti (2003, p. 54) é incisiva ao dizer que “o sistema penal está estruturado para que não opere a legalidade processual e para exercer o seu poder com o máximo de arbitrariedade seletiva aos setores vulneráveis”. No final das contas, tudo serve para manter o discurso punitivista baseado no senso comum e na retórica do “inimigo interno”, sem uma discussão teórica aprofundada.

No que se refere à violação a princípios constitucionais, se há um princípio constitucionalmente previsto e violado pelo sistema é o princípio da dignidade da pessoa humana. Ao analisar o sistema penitenciário as violações aos princípios e garantias fundamentais, Monica Antonieta Magalhães da Silva (2014) expõe que a seletividade penal reforça a vulnerabilidade daqueles que já são considerados mais vulneráveis.

Ao expor os dados da população carcerária no tópico anterior, pode-se concluir que o sistema carcerário além de não cumprir a finalidade de ressocializar o indivíduo na sociedade, viola o princípio da dignidade da pessoa humana por completo devido às péssimas condições que o indivíduo é submetido (SILVA, 2014).

Entretanto, a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana não se faz somente dentro do sistema carcerário. As abordagens policiais têm sido cada vez mais violentas, baseadas na “atitude suspeita” que o indivíduo apresenta. O uso da força letal no cotidiano das operações policiais – infelizmente – tornou-se banal diante dos olhos sociedade. No relatório apresentado pela Anistia Internacional (2015, p. 05):

As políticas de segurança pública no Brasil são marcadas por operações policiais repressivas nas favelas e áreas marginalizadas. A “guerra às drogas” para combater o comércio de drogas ilícitas, especialmente nas favelas, e a ausência de regras claras para o uso de veículos blindados e de armas pesadas em áreas urbanas densamente povoadas elevam o risco de morte da população local. A Polícia tem justificado, recorrentemente, o uso de força letal contra as pessoas alegando suspeitas de envolvimento das vítimas com grupos criminosos. Essas operações militarizadas de larga escala têm resultado em um alto índice de mortes nas mãos da Polícia.

Já no entendimento de Greco (2015), é o princípio mais importante do direito penal que é colocado em cheque pelo modelo proibicionista de drogas presente no Brasil.

Salo de Carvalho (2016, p. 261) analisa:

Se na estrutura da Lei 6.368/76 havia (a) utilização de *lei penal em branco* – v.g. substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, (b) o uso constante de tipos penais isentos de precisão semântica e dotados de elaborações genéricas – v.g. expressões como *de qualquer forma* (art. 12) ou prescrever dose superior *evidente* (art. 15) e (c) a proliferação abusiva de verbos nucleares do tipo para caracterização do injusto penal; com a publicação da Lei 11.343/06, o cenário não apenas é mantido como reforçado. A expressão caracterizadora da lei em branco é substituída pelo gênero *drogas*; permanecem expressões genéricas e imprecisas (*tipos penais abertos*) – v.g. “utiliza[r] local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente quem outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas” (art. 33, §1º, III); “*prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*” (art. 38) -; e não há alteração na forma pluriverbal das incriminações – v.g. os arts. 28 e 33, correspondentes aos arts. 16 e 12 da Lei 6.368/76.

Nesse sentido, a utilização da norma penal em branco, com preceitos incompletos que necessitam de extensiva interpretação é algo que deve ser questionado. Os 18 verbos nucleares previstos no *caput* do art. 33 da Lei nº 11.343/06 (2006) trazem insegurança jurídica quando observado o disposto no art. 66 da referida lei:

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.

Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

Valois (2019) critica o caráter genérico do texto definidor do crime no art. 33, principalmente referente “em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, o que caracteriza um tipo penal aberto, resultado do uso do direito penal como medida de polícia, e não como instrumento de garantia contra o poder punitivo do Estado.

Ocorre que, conforme elucida Salo de Carvalho (2016), diante da diversidade de verbos, o crime de tráfico de drogas tipificado no art. 33 torna-se um crime de ação múltipla, criando insegurança jurídica, tendo em vista que qualquer conduta, inclusive as preparatórias podem ser incriminadas. Além disso, a única forma de diferenciação entre as condutas previstas no art. 33 e no art. 28 é a comprovação do objetivo para consumo pessoal. Desse modo, para o autor, outra questão a ser analisada aqui é a violação ao princípio da proporcionalidade, uma vez que correspondência existente entre o art. 33 e o art. 28 - destinado para consumo pessoal – da Lei de Drogas é nítida. O diferencial entre as condutas incriminadas em ambos é exclusivamente a finalidade do agir, ou seja, o dolo.

Carvalho (2016, p. 70) ressalta o pensamento de Alberto Zacharias Toron (1991):

Dizer-se que o 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 detenção constitui crime, é evidente que o uso, ainda que por via oblíqua, é punido. Afirmar o contrário é sofismar.

O princípio da proporcionalidade caminha lado a lado com o princípio da insignificância. Não há como analisar direito penal sobre drogas, seletividade penal e

discricionariedade sem falar sobre princípio da insignificância. André Fonseca Lima (2020) analisa que a simples aplicação do texto de lei dá margem para que se crime um sistema desproporcional e injusto, sendo fácil perceber que a quantidade de substância apreendida muitas vezes é mínima e a lesão jurídica foi insignificante, porém, as penas são rígidas.

Para o autor, o ordenamento jurídico brasileiro adota outras fontes, como doutrinas, jurisprudências, princípios, entre outros. Assim, a aplicação da lei deve ser levada em consideração a análise concreta de cada caso, de modo a não criar um sistema massivo de repressão além dos limites necessários, equilibrando, portanto, com os princípios da lesividade e da proporcionalidade (LIMA, 2020).

Fato é que a aplicação das normas deve ser levada em consideração cada caso em particular, conforme defende Lima (2020). A violação aos princípios remete a uma regressão do Estado Democrático de Direito, no qual o ser humano é o principal valor a ser considerado.

3 NOVAS PERSPECTIVAS

Os efeitos da política proibicionista penal brasileira de controle das drogas nos mostra que essa guerra não tem resultados positivos. O Brasil hoje possui a quarta maior população carcerária do mundo e mais de 28% da população carcerária está presa por crimes relacionados ao tráfico de drogas (INFOPEN, 2016).

A realidade é que ainda estamos longe de entender que a guerra contra as drogas é uma guerra sem resultados positivos e o grande efeito da política repressiva enraizada no ordenamento jurídico brasileiro é o aumento do número de presos junto com a violência institucionalizada presente por todo o país. Boiteux (2006, p. 134) afirma que “a opção por um controle penal só reforça as dificuldades nacionais”, impondo penas de prisão sem que o sistema penitenciário tenha

condições de absorver o grande número de presos por crimes envolvendo o tráfico de drogas, além do fato das péssimas condições a qual está submetida a população carcerária.

Contudo, apesar dos poucos avanços que a atual política de drogas representa no país, alguns posicionamentos firmados pelos Tribunais Superiores nos levam à utopia de novas perspectivas.

3.1 Posicionamentos dos Tribunais Superiores

a) Lei de Crimes Hediondos

Após mais de 15 anos de vigência da Lei dos Crimes Hediondos, o Supremo Tribunal Federal reconheceu em 2006 a inconstitucionalidade quanto à exigência de cumprimento de pena integralmente em regime fechado, decisão proferida no Habeas Corpus nº 82.959-7/SP:

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 - 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.

A inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos – previa que a pena prevista no referido artigo deveria ser cumprida integralmente em regime fechado – tem como argumento a violação aos princípios da humanidade, individualização da pena e da igualdade (CARVALHO, 2016).

Como resposta imediata à decisão do STF, foi editada a Lei nº 11.464/07 (BRASIL, 2007), que modificou o §1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos e estabeleceu que o início do cumprimento de pena para os crimes previstos neste dispositivo deverá ocorrer inicialmente em regime fechado. Além disso, impôs prazo superior ao definido no Código Penal ao fixar o cumprimento de 2/5 da pena para réu primário e 3/5 para reincidentes, conforme o §2º do art. 2º.

Situação análoga à decisão proferida em 2006 foi o HC 111.840/ES julgado em 2012, no qual o Min. Dias Toffoli (STF, 2012) julgou inconstitucional o §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 (1990). Em seu voto, o referido Ministro Relator do caso afirmou que o dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos fere o princípio da individualização da pena:

Ementa: 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 cumprimento 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.

(...)

b) Lei de Drogas

Outro posicionamento foi o voto do Min. Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 635.659/SP ao analisar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06 (2006). Para o Ministro (STF, 2015), criminalizar a posse de drogas para consumo pessoal “fere o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas diversas manifestações”. Além disso, ao decorrer do voto, o Ministro demonstrou que a política criminal de drogas no Brasil é incongruente, falta objetividade da lei com relação à distinção entre o usuário e o traficante:

Todavia, deflui da própria política de drogas adotada que a criminalização do porte para uso pessoal não condiz com a realização dos fins almejados no que diz respeito a usuários e dependentes, voltados à atenção à saúde e à reinserção social, circunstância a denotar clara incongruência em todo o sistema (...). Na prática, porém, apesar do abrandamento das consequências penais da posse de drogas para consumo pessoal, a mera previsão da conduta como infração de natureza penal tem resultado em crescente estigmatização, neutralizando, com isso, os objetivos expressamente definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas em relação a usuários e dependentes, em sintonia com políticas de redução de danos e de prevenção de riscos já bastante difundidas no plano internacional. Esse quadro decorre, sobretudo, da seguinte antinomia: a Lei 11.343/2006 conferiu tratamento distinto aos diferentes graus de envolvimento na cadeia do tráfico (art. 33, §4º), mas não foi objetiva em relação à distinção entre usuário e traficante. Na maioria dos casos, todos acabam classificados simplesmente como traficantes.

Outro posicionamento adveio recentemente da 12ª Promotoria de Justiça de Jundiaí, no Estado de São Paulo, ao requerer o arquivamento dos autos por considerar inconstitucional o art. 28 da Lei nº 11.343/06 (2006), pedido este que foi acatado pelo Poder Judiciário. De acordo com o Ministério Público (2020, p. 01), verifica-se que o “tipo penal mencionado viola as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada”. E ainda:

A simples leitura do dispositivo constitucional em apreço nos permite concluir que se destina à proteção das escolhas que digam respeito à intimidade e vida privada do indivíduo; escolhas que não sejam lesivas a direitos alheios (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2020, p. 02).

Em artigo publicado sobre a decisão, Arthur Stabile (2020) diz que o Poder Judiciário de São Paulo arquivou o processo por considerar válido o pedido do Ministério Público, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, destinado aos usuários e dependentes.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto e analisado ao longo deste trabalho, concluo esta tese na certeza de que o tema em questão não se esgota em si mesmo. A questão das drogas no Brasil e toda a política por trás da mesma nos faz levantar questionamentos sem respostas concretas e posicionamentos diversos. O modelo repressivo que o sistema brasileiro adota há anos nos mostra que existe, sim, uma seletividade no tratamento daqueles que são menos favorecidos e mais vulneráveis. O direito penal do fato perdeu seu espaço para o direito penal do inimigo.

A falência da guerra às drogas tem como resultados a superlotação do sistema carcerário e o aumento do número de mortes de jovens todos os dias, sem conseguir atingir o seu maior objetivo: a ressocialização do indivíduo na sociedade.

O “inimigo interno” está caracterizado na figura do traficante da comunidade, negro, pobre e com atitude suspeita. Superlotar o sistema prisional não é a solução. É preciso que cada caso seja apreciado de maneira individual e pormenorizada. A justiça deve ser menos seletiva e viabilizar a igualdade de tratamento entre a acusação e a defesa.

Se a atual legislação penal sobre drogas traz a despenalização do usuário para que este receba o devido tratamento e possa conviver em sociedade, ela

também é responsável pela insegurança jurídica e conseqüentemente o encarceramento em massa.

Concluo esta tese, portanto, na certeza de que a legislação penal sobre drogas não é uma guerra propriamente contra às drogas, mas reafirmo que é uma guerra contra um grupo específico de pessoas que são vistos historicamente como uma ameaça à segurança pública e que produz, entre os seus maiores efeitos, o encarceramento em massa e a perda daquele indivíduo para um sistema que não possui estruturas para ressocializá-lo.

REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL. **Você matou o meu filho!**: homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro. – Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis Ganhos Fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro:Revan, 2003.

BOITEUX, L. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. Dissertação (Doutorado em Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia). Universidade de São Paulo, 2006.

BRAGA, G. de M. S. **O impacto da nova Lei de Drogas no sistema carcerário brasileiro**. Dissertação (Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito). Pontifícia Católica do Rio Grande do Sul, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto 780/36 (1936). **Cria a comissão permanente de fiscalização de entorpecentes.** Getúlio Vargas. 1936.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 (1940). **Código Penal.** Getúlio Vargas. 1940.

BRASIL. Lei 5.726/71 (1971). **Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências.** Emílio G. Médici. 1971.

BRASIL. Lei 6.368/76 (1976). **Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências.** Ernesto Geisel. 1976.

BRASIL. Lei 8.072/90 (1990). **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.** Fernando Collor. 1990.

BRASIL. Lei 10.409/02 (2002). **Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências.** Fernando Henrique Cardoso. 2002.

BRASIL. Lei 11.343/06 (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.** Luiz Inácio Lula da Silva. 2006.

BRASIL. Lei 11.464/07 (2007). **Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal.** Luiz Inácio Lula da Silva. 2007.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Atualização – Junho de 2016.**

Disponível em:

<[file:///C:/Users/W10/Downloads/24Levantamento Nacional Info Penitenciarias.pdf](file:///C:/Users/W10/Downloads/24Levantamento%20Nacional%20Info%20Penitenciarias.pdf)>. Acesso em: 20/08/2020.

BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Termo Circunstanciado – posse de drogas para uso pessoal.** Disponível em: <

[file:///C:/Users/W10/Downloads/TC Droga uso proprio nao e crime - 1503170-51.2020.8.26.0309.pdf](file:///C:/Users/W10/Downloads/TC%20Droga%20uso%20proprio%20nao%20e%20crime%20-%201503170-51.2020.8.26.0309.pdf)> Acesso em 09/10/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário.** Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>> Acesso em: 22/08/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário.** Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-pra-consumo-voto-gilmar.pdf>>
Acesso em: 10/08/2020.

CAMPOS, M. da S. **Pela metade:** as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo. Dissertação (Doutorado em Sociologia). Universidade de São Paulo, 2015.

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

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil:** estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06 – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

GANEM, Pedro Magalhães. Traficante ou usuário de drogas?. **Jusbrasil.** Disponível em: <<https://pedromaganem.jusbrasil.com.br/artigos/668366865/traficante-ou-usuario-de-drogas>> Acesso em: 09/08/2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2015.

LIMA, André Fonseca. O Princípio da Insignificância e a Lei de Drogas. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-principio-da-insignificancia-e-a-lei-de-drogas/>> Acesso em: 13/08/2020.

SILVA, A. P. de M. **Lei nº 11.343/06**: estudo sobre possível fator encarcerador por tráfico de drogas decorrente da não diferenciação efetiva do usuário e do traficante. Dissertação (Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título Graduado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018.

SILVA, M. A. M. da. **A prevenção criminal em uma nova perspectiva: ações afirmativas como medida de redução da vulnerabilidade de egressos do sistema carcerário brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Universidade Federal da Bahia, 2014.

STABILE, Arthur. **Justiça arquiva processo por considerar uso de drogas questão de “vida privada”**. Ponte.org. Disponível em: < <https://ponte.org/justica-arquiva-processo-por-considerar-uso-de-drogas-questao-de-vida-privada/> > Acesso em: 09/10/2020.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 3 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

XAVIER, Irenice Teixeira Trolese Xavier, FIGUEIREDO, Tassiany. **A discricionariedade do julgador para diferenciar o traficante de usuário**. Jus.com. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53842/a-discricionariedade-do-julgador-para-diferenciar-traficante-de-usuario>> Acesso em: 11/08/2020.