

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
Jessica Paula Grazul

**A LEI Nº 11.343/2006 E O ENCARCERAMENTO EM MASSA: REFLEXOS SOCIAIS
DA LEI DE DROGAS**

Juiz de Fora
2018

Jessica Paula Grazul

**A LEI Nº 11.343/2006 E O ENCARCERAMENTO EM MASSA: REFLEXOS SOCIAIS
DA LEI DE DROGAS**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, na área de concentração Direito Penal, sob orientação do Prof. Me. João Beccon de Almeida Neto.

**Juiz de Fora
2018**

FOLHA DE APROVAÇÃO

Jessica Paula Grazul

A LEI Nº 11.343/2006 E O ENCARCERAMENTO EM MASSA – REFLEXOS SOCIAIS DA LEI DE DROGAS

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, na área de concentração Direito Penal, submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Me. João Becon de Almeida Neto
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^ª Ma. Kelvia de Oliveira Toledo Guimarães
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^ª Dra. Marcella Alves Mascarenhas Nardelli
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

Juiz de Fora/MG, 20 de junho de 2018.

RESUMO

O presente artigo científico pretende analisar o modelo de política criminal de drogas adotado no Brasil, especialmente no que tange à tipificação do delito do tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006, relacionando a mesma ao quadro de encarceramento em massa de uma camada social selecionada em nosso país. Para tanto, demonstrar-se-á que o legislador, ao optar pelo modelo atual, deu preferência ao uso das vias repressivas, acarretando na violação de princípios basilares do Estado Democrático de Direito e comprovando a existência de resquícios de aplicação do Direito Penal do Inimigo, segundo o qual o traficante de drogas é caracterizado como verdadeiro inimigo do estado, que deve ser eliminado. Assim, constatar-se-á a relação entre tal política e o encarceramento seletivo por ela provocado, reproduzindo os estereótipos discriminadores historicamente presentes em nossa sociedade. Por fim, conclui-se que a política de drogas no Brasil atua como um meio estritamente simbólico de proteção à saúde pública, mantendo, na realidade, a tradição de repressão e controle social punitivo da parcela mais pobre e excluída da população.

PALAVRAS-CHAVE: Lei nº 11.343/2006. Tráfico de Drogas. Encarceramento em Massa.

ABSTRACT

This scientific paper intends to analyze the criminal drug policy model adopted in Brazil, especially regarding the criminal offense of drug traffic, foreseen in article 33 Law n. 11.343/2006, relating the same to the frame of massive incarceration of a selective social layer in our country. Therefore, it will demonstrate that the legislator, when opting by the actual model, gave preference to the use of repressive ways, resulting on the violation of basic principals of the Democratic Law State, as well as remnants of the application of Criminal Law of the Enemy, according to which the drug dealer is characterized as a true enemy of the State, that must be eliminated. Thus it will be verified the relation between this policy and the selectivity verified on the incarceration provoked by it, reproducing discriminatory stereotypes present in our society. Finally, it is concluded that the drug policy in Brazil acts as a strictly symbolic way of public health protection, maintaining, in reality, the repression tradition and punitive social control of the poorest and most excluded part of population.

KEYWORDS: Law n. 11.343/2006. Drug Traffic. Massive Incarceration.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 A LEI DE DROGAS.....	7
1.1 Origem.....	7
1.2 Aspectos gerais.....	9
2 O ENCARCERAMENTO EM MASSA.....	15
2.1 Breve histórico.....	15
2.2 A hierarquia do tráfico.....	16
2.3 Dados alarmantes: retrato da seletividade do Direito Penal.....	18
3. SOLUÇÕES ALTERNATIVAS AO ENCARCERAMENTO.....	22
CONCLUSÃO.....	25
REFERÊNCIAS.....	26

INTRODUÇÃO

A crise do sistema prisional brasileiro é notória. Estima-se que nosso país possui a quarta maior população carcerária mundial, que contava, em julho de 2016, com aproximadamente 726.712 presos¹.

Uma das principais responsáveis por esta situação caótica e insustentável é a atual política criminal relativa à questão das drogas, a qual se manifesta através da Lei nº 11.343/06. Esta política vem ocasionando, desde o século passado, uma verdadeira “guerra às drogas” e, sobretudo, ao pequeno traficante de drogas, que se encontra na camada mais inferior da sociedade, ocupando posição vulnerável nas favelas e periferias dos grandes centros urbanos.

A falta de novidades em nossa política criminal e em nossos discursos sobre drogas tem sido inversamente proporcional aos danos, aos sofrimentos e ao extermínio produzidos por essa política e por esse discurso (CARVALHO, 2016, p. 15). O número de mortos na guerra ao tráfico é cada dia maior, retratando um verdadeiro genocídio permanente, pautado em violações aos direitos humanos.

Em decorrência, o encarceramento em massa dos traficantes de drogas contribui na piora do quadro atual, já caótico, de superlotação carcerária em nosso país, reforçando a opção do legislador, do Estado e da sociedade pelo investimento nas vias penais, quando, na verdade, este deveria ser redirecionado a políticas sociais, especialmente nas áreas de saúde e educação.

É sabido que o encarceramento não resolve o problema do tráfico de drogas, ao revés, contribui para a ascensão e o fortalecimento da indústria do crime, tendo em vista a falha inegável do objetivo reeducador e ressocializador da pena. O que se verifica na realidade é que os presídios, dominados pelas facções criminosas, se tornam centros de recrutamento de novos narcotraficantes.

Fato é que a guerra ao tráfico de drogas se transformou numa verdadeira guerra civil, produzindo associações criminosas cada vez mais complexas e cruéis e dizimando milhares de vidas inocentes todos os anos. Trata-se de um problema social crescente e alarmante, que demanda a elaboração de novas leis e aplicação de recursos diferenciados, a fim de solucioná-lo ou, ao menos, amenizá-lo.

1 A LEI DE DROGAS

¹ DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 05 mar 2018.

1.1 Origem

A criminalização das drogas deve ser entendida como um processo histórico socialmente construído ao longo dos anos. A partir da segunda metade do século XX, a transnacionalização do controle do uso de substâncias entorpecentes foi baseada no paradigma “médico-sanitário-jurídico”, modelo que estabeleceu a ideologia de diferenciação. Assim leciona Salo de Carvalho (2016, p. 54):

A principal característica deste discurso é traçar nítida distinção entre consumidor e traficante, ou seja, entre doente e delinquente, respectivamente. Assim, sobre os culpados (traficantes) recairia o discurso jurídico-penal do qual se extrai o estereótipo do criminoso corruptor da moral e da saúde pública. Sobre o consumidor incidiria o discurso médico-psiquiátrico consolidado pela perspectiva sanitária em voga na década de 1950, que difunde o estereótipo da dependência.

Vale ressaltar que o ser humano, ao longo da história, sempre utilizou de substâncias a fim de proporcionar a alteração do estado de consciência, seja para fins religiosos, medicinais ou afrodisíacos. Somente com o advento da era moderna e o surgimento do modo de produção capitalista, as drogas deixaram de ter valor exclusivo de uso e passaram a ser encaradas como mercadorias, sujeitas às leis da oferta e da procura.

Destarte, foram submetidas ao controle social, o qual passa a determinar as hipóteses em que serão legalizadas ou proibidas. No contexto da era pós-moderna, diante do surgimento de novas doenças e, especialmente, transtornos psíquicos, a busca por “válvulas de escape” ocasionou uma verdadeira explosão no mercado da medicação psicofarmacológica e, paralelamente, no mercado das drogas ilícitas.

Assim, as sociedades neoliberais construíram seus projetos legislativos relacionados às drogas, os quais possuíam o objetivo implícito de atingir uma categoria específica de indivíduos. No Brasil, em meados de 1920, a maconha era diretamente associada ao candomblé e à população negra, o que, por si só, já estimulava sua repressão.

Nessa perspectiva, interessante questionar a motivação do legislador ao optar pela criminalização de determinadas substâncias paralelamente à regulamentação de outras que jamais chegaram a ser consideradas “entorpecentes”, tais como o tabaco e o álcool, o que pode ser observado até os dias atuais, conforme exemplifica Maria de Lourdes da Silva (2015, p. 245):

Uma comparação dos caminhos trilhados pelo álcool e pelas “substâncias inebriantes” ajuda a entender como determinadas teias de poder legitimaram a proibição ao uso de certas drogas, ao mesmo tempo em que outras permaneceram na legalidade.

Já entre as décadas de 1930 e 1940, concretiza-se definitivamente a política criminal das drogas no Brasil. Assim explica Carvalho (2016, p. 59):

O discurso médico foi a base sobre a qual se desenvolveu o proibicionismo mundial e brasileiro das drogas no século XX. A criminalização no Brasil, iniciada em 1921 com o Decreto nº 4.294, que se ocupou apenas da cocaína, do ópio e da morfina, tem seu desdobramento mais amplo em 1938, com o Decreto-Lei nº891, intitulado Lei de Fiscalização de Entorpecentes.

Em seguida, a Lei nº 6.368/76² passa a regulamentar o assunto de forma mais completa. Tendo sido editada no auge do período duro da ditadura militar, proporcionou a expansão definitiva dos horizontes da criminalização e da punição.

Durante a transição da ditadura para a democracia (1978-1988), com o auxílio da mídia, manteve-se intacta a estrutura de controle social sobre as drogas, com cada vez investimentos na "luta contra o crime". Através da articulação de três vertentes da ideologia punitiva, quais sejam, os movimentos de Lei e Ordem³, a ideologia da Defesa Social⁴ e a ideologia da Segurança Nacional⁵, travou-se a “guerra às drogas”, trazendo com ela um novo inimigo: o traficante de drogas, negro e pobre. A respeito do tema, elucida Silva (2015, p. 77):

Iniciada pelos Estados Unidos, a atual política de guerra às drogas recrudescer a ação persecutória sobre a matéria, com consequências dramáticas para a sociedade mundial. Em suas capilaridades, porém, essa política apenas maximiza e legitima ações localizadas de repressão ao consumo e ao tráfico, durante as quais os agentes da ação punitiva não economizam no uso da força e da truculência.

Alguns anos depois, surge a supostamente inovadora Lei nº 11.343/2006, a qual passa a reprimir de forma ainda mais severa o tráfico de drogas, mas apresenta um tratamento penal mais brando aos usuários de drogas. Não obstante, o fenômeno da comercialização de

² BRASIL. *Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm>. Acesso em: 26 mar 2018.

³ “O Movimento de Lei e Ordem é uma política criminal que tem como finalidade transformar conhecimentos empíricos sobre o crime, propondo alternativas e programas a partir de sua perspectiva. O alemão Ralf Dahrendorf foi um dos criadores deste movimento. Na década de 70 (setenta) nos Estados Unidos ganhou amplitude até hodiernamente, com a idéia de repressão máxima e alargamento de leis incriminadoras. A pena, a prisão, a punição e a penalização de grande quantidade de condutas ilícitas são seus objetivos”. (ARAGÃO, Ivo Rezende. *Movimento da Lei e Ordem: sua relação com a lei dos crimes hediondos*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7938>. Acesso em: 21 abr 2018.)

⁴ “A ideologia da defesa social retrata a evolução do pensamento penal e penitenciário. Teoricamente, visa proteger bens jurídicos lesados garantindo penalidades igualitárias e o controle da criminalidade mediante mecanismos de intimidação, legitimando a ideologia da punição na sociedade atual. Surge diante da necessidade de definir os elementos de uma teoria do desvio dos “comportamentos socialmente negativos”, e da criminalização, dentro de uma estrutura econômico-social burguesa no contexto da mudança do estado liberal clássico para o social.” (BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 41-47)

⁵ A ideologia da segurança nacional surgiu no contexto pós Guerra Fria e consistia na adoção de ações políticas, econômicas, psicossociais e ações militares providas pelo Estado para a realização e manutenção dos objetivos e garantia da ordem nacional (BUENO, Bruno Bruziguessi. *Os Fundamentos da Doutrina de Segurança Nacional e seu Legado na Constituição do Estado Brasileiro Contemporâneo*, p. 50-53. Disponível em: <<http://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/rsulacp/article/viewFile/3311/3482>>. Acesso em: 21 abr 2018.

entorpecentes continuou a expandir, ocupando maciçamente as periferias brasileiras e ocasionando uma criminalização sem igual na história dos nossos sistemas penais.

1.2 Aspectos gerais

De início, o art. 1º da Lei em comento⁶ introduz um de seus principais objetivos, qual seja, o de conceder atenção especial ao usuário de drogas. Partindo da premissa de que a pena privativa de liberdade em nada contribui para o problema social do uso indevido de drogas, a Lei inovou em relação à legislação anterior, abolindo a possibilidade de aplicação desta espécie de pena ao crime de porte de drogas para consumo pessoal.

Em seguida, os arts. 4º⁷ e 5º⁸ definem os princípios e objetivos do SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), dentre os quais merecem destaque “o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, a promoção da construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país, além da atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico”.

Apesar de tais diretrizes se mostrarem, a priori, inovadoras e benéficas à sociedade, o cenário atual demonstra que as mesmas não foram efetivamente reconhecidas pelos interlocutores a quem são dirigidas, ou seja, os usuários e traficantes de drogas, sendo a repressão ao tráfico de drogas a única efetivamente posta em prática.

Cumpra mencionar que os dispositivos da Lei de Drogas são caracterizados como normas penais em branco, haja vista que a lei, ao adotar o termo “drogas”, depende de complementação de norma suplementar para sua definição, qual seja, a Portaria nº 344/2008 da ANVISA, que elenca as substâncias entorpecentes proibidas no Brasil. Sobre estas normas, nos ensina BITENCOURT (2012, p. 425):

⁶ Art. 1º 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.

Parágrafo único. 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.

⁷ Art. 4º São princípios do Sisnad:

I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;

[...]

⁸ Art. 5º-O Sisnad tem os seguintes objetivos:

I - contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados;

II - promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país;

III - promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios;

[...]

Trata-se, na realidade, de normas de conteúdo incompleto, vago, impreciso, também denominadas normas imperfeitas, por dependerem de complementação por outra norma jurídica (lei, decreto, regulamento, portaria, resolução etc.), para concluírem a descrição da conduta proibida.

Nota-se que, apesar da lei estabelecer como princípios a autonomia da vontade e a liberdade, sendo estes, acima de tudo, direitos fundamentais da pessoa humana, na realidade, somente os usuários recebem tal proteção, incidindo apenas sobre eles a promoção dos valores de cidadania. Ao longo do texto, resta clara a opção do legislador pela adoção de um modelo repressivo no que se refere à produção e venda da droga.

Tal posicionamento mostra-se contraditório, posto que, não obstante a indisponibilidade de dados oficiais neste sentido, de forma geral, observa-se que o número de mortos por overdose causada pelo uso da droga costuma ser ínfimo quando comparado ao número de vítimas da violência decorrente dos efeitos da guerra ao tráfico⁹.

Assim, verifica-se que, infelizmente, as diretrizes estabelecidas na parte introdutória da Lei de Drogas se tornam, em sua maioria, letra morta em face da realidade fática atual, uma vez que a lei se mostrou extremamente falha na proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana (especialmente com relação ao traficante) e em atingir os objetivos por ela estabelecidos.

No que se refere aos tipos penais, para os fins do presente estudo, merece destaque, inicialmente, o art. 28, no que diz respeito à despenalização do uso de drogas¹⁰. Conforme já exposto, a Lei nº 11.343/2006 passou a dar ao usuário de drogas um tratamento diferenciado, não sendo mais possível a aplicação de pena privativa de liberdade.

Num primeiro momento, as sanções alternativas à prisão aparentam ser cautelosas e pedagógicas e possuem, aparentemente, o fito de promover a conscientização do usuário de

⁹ REVISTA SUPERINTERESSANTE. *Brasil é um dos países com menos mortes por uso de drogas*. Disponível em: <https://super.abril.com.br/saude/brasil-e-um-dos-paises-com-menos-mortes-por-uso-de-drogas/>. Acesso em: 23 abr 2018.

¹⁰ 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.

§ 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.

§ 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.

[...]

drogas. Porém, na atual conjuntura do país, onde predomina o Estado de Polícia¹¹, o qual é vivenciado, principalmente, pelos moradores das comunidades, as medidas alternativas se mostram inefetivas, na medida em que, no momento da abordagem policial, a violência e a repressão sofridas por usuários e traficantes se dá de maneira semelhante.

Ao substituir a aplicação de pena privativa de liberdade pela advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa ao usuário de drogas, o legislador brasileiro abre espaço para situações típicas de abuso de autoridade, tanto judiciária quanto policial, tendo em vista a margem ampla e subjetiva de atuação destas autoridades, que acabam por decidir um aspecto da vida do usuário que deveria ser controlado por ele mesmo – sua saúde. Nos dizeres de Carvalho (2016, p. 106):

Distante dos processos de descriminalização sustentados por políticas de redução de danos ocorridos em inúmeros países europeus nos últimos anos, têm-se a manutenção de sistema proibicionista estruturado na reciprocidade punitiva entre penas restritivas de direitos e medidas de segurança atípicas (medidas educacionais). ofuscadas pelo sentido terapêutico, as medidas propostas enclausuram usuários e dependentes no discurso psiquiátrico-sanitarista, possibilitando diagnosticar que a pretensa suavização do tratamento penal ao usuário opera como inversão ideológica dos programas de redução de danos, ou seja, apesar de estabelecer formalmente a impossibilidade de aplicação de pena carcerária aos sujeitos envolvidos com drogas – situação consolidada na realidade jurídica nacional desde a inclusão do porte para uso pessoal na categoria de delito de menor potencial ofensivo –, conserva mecanismos penais de controle (penas restritivas e medidas de segurança inominadas), com similar efeito moralizador e normalizador, obstruindo a implementação de políticas públicas saudáveis.

Parte da jurisprudência já entende pela inconstitucionalidade deste artigo¹², uma vez que este violaria os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada, não afetando nenhum bem jurídico alheio (ausência de transcendentalidade da ofensa). A questão foi suscitada no RE 635.659¹³ pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, mas a jurisprudência majoritária ainda não questiona a constitucionalidade do dispositivo.

Por sua vez, o tipo penal do tráfico de drogas, previsto no art. 33¹⁴, consiste num delito de perigo abstrato, ou seja, não exige a lesão de um bem jurídico ou a colocação deste

¹¹ O Estado de Polícia pode ser definido como o oposto do Estado Democrático de Direito, no qual predomina o uso da violência e da força do poder punitivo como resposta ao fenômeno da criminalidade, o que gera um massacre e o genocídio dos “inimigos do Estado” (CONJUR. *Função do Direito Penal é limitar o poder punitivo*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino>>. Acesso em: 01 mai 2018.)

¹² TJSP, RT 650/273, AC, rel. Des. Dante Busana e TJSP, RT 650/273, APL, rel. Des. Marco Antonio Marques da Silva.

¹³ STF, RE nº 635.659, rel. Ministro Gilmar Mendes.

¹⁴ 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.

bem em risco real e concreto, descrevendo apenas um comportamento, sem apontar um resultado específico como elemento expresso do injusto, o que é altamente questionável diante do princípio penal da lesividade. Sobre tal princípio, disserta Nilo Batista (2007, p. 91):

No direito penal, à conduta do sujeito autor do crime deve relacionar-se como signo do outro sujeito, o bem jurídico (que era objeto da proteção penal e foi ofendido pelo crime – por isso, chamado de objeto jurídico do crime). Como ensina Roxin, “só pode ser castigado aquele comportamento que lesiona direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral; (...) o direito penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, e além desse limite nem está legitimado nem é adequado para a educação moral dos cidadãos”.

O artigo descreve 18 condutas típicas, quais sejam: importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo, fornecer, ainda que gratuitamente, sendo portanto, um tipo misto alternativo, o qual pode ser definido, nos dizeres de Greco (2010, p. 09), como “um crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, ou seja, crimes plurinucleares, nos quais o tipo penal prevê mais de uma conduta em seus vários núcleos”. Em seguida, no parágrafo 1º traz ainda outras condutas típicas equiparadas ao tráfico.

Percebe-se que o legislador decidiu dar um sentido bastante amplo à criminalização, compreendendo, para tanto, atos que poderiam ser classificados como preparatórios de condutas relacionadas ao tráfico de drogas (por exemplo, preparar, produzir, fabricar, ter em depósito, guardar). Nestas hipóteses, reitera-se o questionamento acerca da existência de, ao menos, perigo concreto ao bem jurídico tutelado pela Lei, o que permite questionar sua constitucionalidade neste sentido.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - 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;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - 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.

§ 2º-Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 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.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Por fim, necessário realizar a distinção entre as figuras do usuário e do traficante. Para tanto, conforme elucida Brasileiro (2014, p. 697), “o legislador brasileiro adota o critério da quantificação judicial, recaindo sobre a autoridade judiciária a competência para deliberar se a droga encontrada com o agente era para consumo pessoal ou para o tráfico”.

Nos termos do art. 28, §2º, serão levadas em consideração a natureza e quantidade da substância apreendida, local e condições da ação, circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes do agente, o que demanda uma análise pautada, sobretudo, no critério da razoabilidade.

Ao levar em conta os antecedentes do agente a fim de determinar se este se enquadra na categoria de usuário ou traficante, o legislador revela uma tendência à aplicação do Direito Penal do Autor, tendo em vista a preponderância de circunstâncias subjetivas em detrimento das objetivas, ocasionando a criação de uma presunção de culpabilidade para com os agentes reincidentes ou portadores de maus antecedentes. Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2007, p. 107):

Ainda que não haja um critério unitário acerca do que seja o direito penal do autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma *forma de ser* do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso, seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto, como o *ser ladrão*.

De mais a mais, os critérios de distinção elencados no §2º se tornam problemáticos na medida em que sua análise é feita pelo magistrado ou, pior ainda, pela autoridade policial, sendo vasta a margem de discricionariedade dada a estas autoridades para julgar aspectos tão sujeitos à interpretação como local, circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes do infrator e destinação da droga. Assim, a Lei revela tendências à aplicação do Direito Penal do Inimigo, consoante os ensinamentos de Carvalho (2016, p. 112), se referindo à doutrina de Gunther Jakobs:

Com o procedimento de cisão entre pessoas e não pessoas são elaborados dois modelos distintos de intervenção punitiva – o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo –, redefinindo-se as funções das agências repressivas, pois “*quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comporta- miento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo*”.

Com efeito, restam ausentes critérios legais objetivos efetivos para realizar a distinção entre usuário e traficante, o que torna a ordem jurídica cega ao real fenômeno do tráfico de drogas. Seguindo uma predisposição histórica, nota-se, com frequência, a predisposição do legislador ao tratar as características pessoais e subjetivas do agente como

sinais indicadores de uma vocação para o crime, reforçando, com efeito, a seletividade verificada no encarceramento dos “inimigos do Estado”, quais sejam, os traficantes de drogas.

2 O ENCARCERAMENTO EM MASSA

2.1 Breve histórico

A origem colonial do Brasil e os séculos de escravidão e crueldade explicam, em parte, o atual cenário de violência e superlotação carcerária presente em nosso país. Não obstante a abolição da escravidão em 13 de maio de 1888, através da Lei Áurea, a sociedade foi continuamente construída com base na concentração de riquezas e na discriminação, o que

acarretou na histórica disparidade econômica entre os setores da população e todas as formas de segregação entre ricos e pobres, brancos e negros.

Em torno de 1870, o Brasil se destacava no mercado internacional não só como um grande produtor e exportador de café, mas também por seu notável comércio escravocrata. Na época, o tráfico negreiro movimentava a economia brasileira e a retirada dos escravos do convívio de suas famílias e amigos era, por si só, um fato gerador de conflitos, além dos inúmeros outros conflitos inerentes às suas péssimas condições.

Somado a isso, a transição da sociedade agrícola para a urbana, além de manter as classes dominantes no poder (antigos senhores de escravos e grandes proprietários de terra) originou, gradualmente, os bolsões de pobreza, hoje favelas, as quais circundam as cidades e se caracterizam como verdadeiras terras sem lei, aglomerando os principais focos de violência e criminalidade. Acerca deste período, explica Geraldo Prado (2013, p. 07):

Optou-se pela instituição da ordem judiciária pela via da conversão de agentes de polícia em magistrados vinculados politicamente aos governantes locais, e ainda pela expansão das cadeias públicas, expressão da política de contenção das dissidências e punição de escravos rebeldes.

Posteriormente, o “boom” do sistema carcerário pode ser constatado a partir de 1980, em razão da política criminal da Lei e Ordem difundida pelos Estados Unidos. Esta política visava, em linhas gerais, uma maior atuação estatal repressiva, de modo a “restaurar a ordem” nos grandes centros urbanos e diminuir a criminalidade.

A “manutenção da ordem” teve início no governo Ronald Reagan (1981-1989) e se manifestou, sobretudo, nas comunidades e bairros negros, o que retrata seu viés discriminador. A política de tolerância zero¹⁵, atrelada a uma moral ultraconservadora de criminalização da pobreza, gerou efeitos perversos à população mais carente, em especial à juventude negra e, infelizmente, foi largamente importada pelos demais países capitalistas, ocasionando a expansão do sistema carcerário em escala mundial.

No mesmo contexto das referidas políticas surge a chamada guerra às drogas, também com origem nos Estados Unidos, a qual contribuiu significativamente para o encarceramento em massa. A partir desta, o uso de drogas ilegais se tornou o inimigo público número um dos Estados Unidos e, por consequência, do mundo e a guerra, que ainda se

¹⁵ A política da tolerância zero foi implementada em 1993 pelo prefeito de Nova York Rudy Giuliani e se baseava numa estratégia de policiamento agressivo contra a vadiagem nas ruas, os sem-teto, mendigos, caloteiros e pichadores, pedestres imprudentes, serviços informais nos semáforos, bêbados, adolescentes barulhentos e desordeiros em geral. (ODON, Tiago Ivo. *Tolerância Zero e Janelas Quebradas: sobre os riscos de se importar teorias e políticas*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/TD194>>. Acesso em: 16 mai 2018.)

mostra presente nos dias atuais, se mostrou extremamente falha, visto que investe na repressão no lugar na prevenção do uso e do tráfico de drogas.

Diante do exposto, é possível constatar que, desde a época da escravidão até os dias atuais, às camadas mais baixas da população (leia-se: antigamente, escravos; atualmente; pobres, negros e “favelados”) foram negados direitos fundamentais como educação básica, saúde, acesso à justiça e à informação, dentre outros. Estes indivíduos, quando privados de seu desenvolvimento e cidadania, passam a não reconhecer a si próprios como sujeitos de direito, tornando-os extremamente propensos a cometer crimes e ingressar nas prisões brasileiras.

2.2 A hierarquia do tráfico

A fim de melhor compreender o complexo fenômeno do tráfico de drogas e suas consequências, necessário analisar suas particularidades e sua estrutura hierarquizada¹⁶. O tráfico opera através de um modelo organizacional padrão, o qual envolve diferentes graus de participação e importância. Assim, devem ser considerados os diversos papéis neste processo, desde as atuações aparentemente insignificantes até as ações com o domínio do fato final. De maneira geral, a estrutura de funcionamento interno do tráfico de drogas pode ser explicada da seguinte forma:

O “grande traficante” atua como “atacadista”, sendo o indivíduo que detém o poder de adquirir grandes quantidades de uma só vez e está diretamente conectado ao mercado internacional. Nesta categoria, o tráfico não apresenta nenhuma violência explícita, ao contrário do que se verifica nos níveis hierárquicos inferiores. Diante da dificuldade de rastreamento e investigação de suas atividades, os grandes traficantes raramente são encarcerados, o que já revela, a priori, a ineficácia da legislação.

Já o “médio traficante” ou distribuidor local é o dono das “bocas de fumo”, trabalhando tanto no atacado quanto no varejo, mediante aquisição das cargas dos grandes traficantes. Estes também atuam com um grau reduzido de violência, se valendo, principalmente, da corrupção das forças policiais. Por trabalharem em grandes vendas, necessitam de certo grau de estabilidade nos negócios e, tal como os integrantes da categoria anterior, dificilmente serão presos.

¹⁶ BOITEUX, Luciana; VARGAS, Ela Wiecko Volkmer de Castilho Beatriz; BATISTA, Vanessa Oliveira Batista, PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *Tráfico de Drogas e Constituição*, p. 43-45. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando_Direito3.pdf>. Acesso em: 01 mai 2018.

Por sua vez, a última categoria do comércio de drogas traduz-se na figura do “pequeno/microtraficante”, o “favelado”, que é identificado normalmente como vendedor de pequenas porções de droga. São as verdadeiras vítimas da Lei de Drogas, haja vista que são os que acabam ingressando e superlotando o sistema carcerário.

Habitualmente, estes agentes são de baixa renda, guardam as mercadorias em casa, não possuem dinheiro para corromper autoridades ou para contratar advogados e não estão ligados às poderosas organizações criminosas do tráfico internacional, pois suas ações são localizadas e individuais. Nesse seguimento, ilustra Orlando Zaccone (2007, p. 12):

O sistema penal revela assim o estado de miserabilidade dos varejistas das drogas ilícitas, conhecidos como “esticas”, “mulas”, “aviões”, ou seja, aqueles jovens (ou até idosos) pobres das favelas e periferias cariocas, responsáveis pela venda de drogas no varejo, alvos fáceis da repressão policial [...].

Esta categoria é composta, principalmente, por jovens. O recrutamento da mão-de-obra jovem para a venda ilegal das drogas, um dos principais infortúnios envolvendo a questão, construiu verdadeiras associações criminosas nas favelas e periferias brasileiras. Enquanto aos usuários jovens de classe média, optou-se por aplicar o estereótipo médico de viciado rebelde, aos jovens pobres, negros e favelados, comerciantes da droga, aplica-se o estereótipo criminal.

Portanto, a grande falha da política criminal de drogas no Brasil pode ser constatada quando se verifica que a grande maioria dos presos atualmente por este delito está situada no nível inferior da hierarquia e não tem ligação direta com as grandes associações criminosas internacionais. São os indivíduos que sofrem os danos colaterais, pois são facilmente substituíveis em caso de morte ou prisão e em nada interferem na estrutura final da organização. Assim prossegue Zaccone (2007, p. 12):

O fato de a imprensa e de as autoridades públicas darem grande destaque às prisões dos chamados “chefões” do tráfico, dedicando as primeiras páginas dos jornais e muitos esforços à captura dos “donos” do negócio relativo ao comércio de drogas, demonstra, por si só, a existência de um escalonamento.

[...] a conduta de quem dispara fogos de artifício para avisar da chegada da polícia recebe o mesmo tratamento penal de quem tem o comando do negócio no varejo, bem como dos grandes produtores e daqueles respeitáveis empresários que financiam a produção e o comércio destas substâncias com todos respondendo, em abstrato, pelo mesmo crime.

Enquanto isso, constata-se a real impunidade quando, em se tratando da atividade verdadeiramente lucrativa do tráfico (no nível do atacado), os grandes empresários do crime, que não estão em situação miserável nas favelas, comandam tranquilamente o investimento, a produção, a comercialização e a lavagem de capitais provenientes do tráfico de drogas, permanecendo ilesos em meio à violência e às injustiças que os circundam.

2.3 Dados alarmantes: retrato da seletividade do Direito Penal

Segundo dados do INFOPEN¹⁷ atualizados até junho de 2016, o Brasil contava com uma população prisional de 726.712 indivíduos e, ainda, um déficit de vagas de 358.663.

No que tange ao perfil sociodemográfico da população privada de liberdade no Brasil, jovens entre 18 e 29 anos compõem 55% da mesma, dado extremamente preocupante, visto que esta faixa etária está sobrerrepresentada no sistema prisional, pois a população entre 18 e 29 anos representa somente 18% da população total no Brasil. Já no que se refere ao perfil de raça e cor e escolaridade da população carcerária, 64% é composta por pessoas negras, enquanto apenas 24% se encontra no ensino médio, tendo concluído ou não esta etapa da educação formal.

Com relação ao tipo penal pelos quais os indivíduos encarcerados foram condenados ou aguardam julgamento, os dados corroboram o que se está tentando demonstrar através do presente estudo: os crimes de tráfico correspondem a 28% das incidências penais pelas quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento em junho de 2016. Ao compararmos a distribuição entre homens e mulheres, no entanto, evidencia-se a maior frequência de crimes ligados ao tráfico de drogas entre as mulheres: entre os homens, os crimes ligados ao tráfico representam 26% dos registros, enquanto entre as mulheres esse percentual atinge 62%.

Não obstante a estatística mencionada não chocar à primeira vista, nota-se que, com relação aos demais crimes pelos quais os indivíduos encarcerados foram condenados ou aguardam julgamento, estes são, em sua maioria, crimes contra o patrimônio (roubo e furto) e crimes contra a vida (homicídio simples ou qualificado). Nessa toada, através da simples observação do funcionamento das organizações criminosas que dominam as favelas brasileiras, bem como de reportagens que noticiam os acontecimentos violentos no Brasil diariamente, é possível crer que grande parte destas ocorrências encontram-se, de alguma forma, direta ou indiretamente relacionada ao fenômeno do tráfico de drogas¹⁸.

¹⁷ DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 05 mar 2018.

¹⁸ GAZETA DO POVO. *Droga causa 77% dos homicídios*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/especiais/paz-tem-voz/droga-causa-77-dos-homicidios-9dgb4ldc3wfdvkvce6rztqtzi>>. Acesso em: 02 mai 2018.

G1. *78% das mortes têm relação com o tráfico de drogas, diz secretária de Segurança do RN*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/78-das-mortes-tem-relacao-com-o-trafico-de-drogas-diz-secretaria-de-seguranca-do-rn.ghtml>>. Acesso em: 23 abr 2018.

G1. *Dos 380 homicídios registrados em junho, 27,6% têm relação com o tráfico de drogas*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pernambuco/noticia/dos-homicidios-registrados-em-junho-276-tem-relacao-com-trafico-de-drogas.ghtml>>. Acesso em: 02 mai 2018.

Outrossim, alarmante constatar que as unidades que detinham informação relativa ao tempo de aprisionamento das pessoas sem condenação (apenas 45%) concentravam 115.120 presos provisórios e, entre esses, 47% estavam aprisionados há mais de 90 dias, aguardando julgamento e sentença, contrariando o caráter excepcional da prisão preventiva e privando de liberdade indivíduos que talvez sequer sejam condenados.

Além disso, estatísticas constantes do Mapa da Violência¹⁹ demonstram que, entre 2015 e 2016, o número de jovens envolvidos no crime aumentou cerca de sete vezes. Este cenário se mostra mais preocupante na medida em que envolve homicídios, os quais não ocorrem de maneira imotivada, mas parecem estar sempre atrelados ao envolvimento destes jovens nas organizações criminosas relacionadas ao do tráfico de drogas.

O presente quadro corrobora o que já é sabido: apenas a parcela mais jovem, miserável e menos instruída da sociedade brasileira responde efetivamente pelo crime do tráfico de drogas no país. Além disso, os dados confirmam o fato de que o Direito Penal se apresenta como instrumento de dominação dos interesses do capital, além de atingir, de forma proposital e com intensidade diferente, as classes sociais, em expressa violação ao princípio da igualdade²⁰, previsto na Constituição Federal de 1988. Esta constatação se reafirma sob a perspectiva da Criminologia Crítica²¹, sobre a qual leciona Baratta (2003, p. 113):

A criminalidade, segundo definição legal, não é o comportamento de uma minoria, mas da maioria dos cidadãos que, além disso, segundo a sua definição sociológica, é um status atribuído a determinados indivíduos que detém o poder de criar e aplicar a lei penal, mediante mecanismos seletivos, sobre cuja estrutura de funcionamento a estratificação e o antagonismo dos grupos sociais têm uma influência fundamental.

Neste sentido, constata-se que a legislação de drogas acaba por reforçar o abismo social existente já existente em nosso país, pois a resposta penal é sempre reforçada quando se trata dos traficantes de drogas, sejam eles de grande porte ou apenas os que vendem para

O TEMPO. *Tráfico de drogas está ligado a quase 70% das mortes em MG*. Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/cidades/tr%C3%A1fico-de-drogas-est%C3%A1-ligado-a-quase-70-das-mortes-em-mg-1.979406>>. Acesso em: 23 abr 2018.

¹⁹ WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015 – Adolescentes de 16 e 17 anos do Brasil*. Disponível em: <https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015_adolescentes.pdf>. Acesso em: 14 abr 2018.

²⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

²¹ “A criminologia crítica, também conhecida como “criminologia radical”, “marxista”, “nova criminologia”, estuda a criminalidade como criminalização, explicada por processos seletivos de construção social do comportamento criminoso e de sujeitos criminalizados, como forma de garantir as desigualdades sociais entre riqueza e poder, das sociedades contemporâneas.” (LAVOR, Isabelle Lucena. *Criminologia crítica: você já ouviu falar dela, mas sabe o que realmente significa?*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/critica-significa/>>. Acesso em: 03 mai 2018.)

sustentar seus vícios e não encontraram o devido reconhecimento na sociedade, não possuindo outras alternativas de vida.

Assim, a parcela mais pobre da população é sempre a mais prejudicada pela legislação em estudo, uma vez que, devido à sua situação de vulnerabilidade e miserabilidade, necessitam vender drogas para o próprio sustento, ao contrário que ocorre com aqueles que fazem “uso recreativo das substâncias ilícitas”, quais sejam, os integrantes das classes médias e altas.

Além disso, no que se refere à atuação policial, sem se considerar a corrupção direta, que, sem sombra de dúvidas, existe e ocorre com frequência, cumpre destacar que é a polícia quem filtra, num primeiro momento, os casos que chegam ao conhecimento dos juízes e, conseqüentemente, os indivíduos que serão enviados às prisões.

Em decorrência, quando apresentados em juízo os presos em flagrante por tráfico, o magistrado não terá condições de auferir as circunstâncias em que ocorreram sua prisão, pois acaba por depender exclusivamente do relato policial, que, por coincidência ou não, costuma ser a única testemunha arrolada pelo Ministério Público, o que acaba recorrentemente embasando a condenação do acusado, enquanto outras provas sequer são avaliadas ou questionadas.

A visão seletiva do sistema penal para os envolvidos nos crimes de tráfico e drogas e a diferenciação no tratamento dado aos criminosos pobres e aos criminosos ricos, ao lado de uma falsa aceitação social que existe quanto ao consumo de drogas, permite afirmar que o problema do sistema não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da população considerada perigosa por estar envolvida direta ou indiretamente com o comércio de entorpecentes, sendo, por isso, excluída da sociedade.

No que diz respeito ao sistema carcerário em si, é sabida sua realidade caótica, sem ser necessário tecer maiores comentários. Contrariando nossa Magna Carta, que em seu art. 1º, III²², lista como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, os condenados por tráfico de drogas jamais encontram condições dignas de existência no ambiente carcerário.

²² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

As disposições da Lei de Execução Penal²³ também são expressamente ignoradas, uma vez que o objetivo reintegrador e ressocializador da pena e a “inserção social do condenado” raramente são observadas na prática. O que ocorre, de fato, é que o condenado, ao ingressar no sistema carcerário, perde toda a sua humanidade, pois é tratado como apenas mais um número, além de lhe serem retirados todos os elementos que o caracterizam como indivíduo único e sujeito de direitos.

Estes indivíduos são, muitas vezes, recrutados pelas facções criminosas dominantes e forçados a ingressarem definitivamente na empreitada criminosa, sendo coagidos a cometer, tanto dentro do ambiente carcerário quanto fora dele, crimes muito mais graves do que o crime que deu ensejo à sua prisão – no caso, o tráfico de drogas. Ao saírem do sistema prisional, quando não se sujeitam ao domínio destas facções e se tornam criminosos profissionais, são rejeitados de todas as formas pela sociedade, especialmente ao tentarem ingressar nos estudos ou em uma profissão. Neste sentido, aduz Baratta (2003, p. 183):

A comunidade carcerária tem, nas sociedades capitalistas contemporâneas, características constantes, predominantes em relação às diferenças nacionais, e que permitiram a construção de um verdadeiro e próprio modelo. As características deste modelo, do ponto de vista de quem mais nos interessa, podem ser resumidas no fato de que os institutos de tenção produzem efeitos contrários à reeducação e reinserção do condenado, e favoráveis à sua estável inserção na população criminosa.

O ambiente carcerário é propenso às mais diversas formas de violações aos direitos dos detentos que, vivendo em um ambiente de caos e superlotação, não encontram nenhuma condição de sobrevivência e de existência digna, tais como segurança física, saúde, alimentação, educação, trabalho e assistência social. Nos dizeres de Salo de Carvalho, parafrazeando Luigi Ferrajoli (2016, p. 107):

“A história das penas é seguramente mais horrenda e infame para a humanidade que a própria história dos delitos: porque mais cruel, e talvez mais numerosa, que as violências produzidas pelos delitos foram as produzidas pelas penas; e porque enquanto o delito tende a ser uma violência ocasional, e às vezes impulsiva e necessária, a violência infligida pela pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um.”

Conclui-se que o Estado, quando aplica a lei penal no sentido de privar o acusado por crime de tráfico de drogas de um de seus direitos fundamentais mais essenciais, qual seja, a liberdade, contribui diretamente na perpetuação e no aprofundamento das desigualdades de classe e raça, cor e etnia existentes no Brasil.

²³ BRASIL. *Lei de Execução Penal, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 02 mai 2018.

3 SOLUÇÕES ALTERNATIVAS AO ENCARCERAMENTO

Nesse diapasão, certificam-se diversas inadequações envolvendo a política de drogas e as políticas públicas propostas em face do encarceramento em massa ocasionado pela mesma, as quais se resumem, na maioria das vezes, em propostas imediatistas de construção de novos presídios, ou até mesmo o enrijecimento da legislação já desproporcional e falha.

Nada obstante as inovações propostas pela atual Lei de Drogas com relação às legislações anteriores e as diretrizes por ela sugeridas, as quais possuem, obviamente, o

objetivo de tratar a questão das drogas sob uma perspectiva mais humanista e, mormente, de melhorar o tratamento dirigido ao usuário dependente, a lei não se adequou na medida necessária à realidade social do país, nem refletiu devidamente no processo penal quando se tratando da perseguição do Estado aos indivíduos que respondem pelo crime do tráfico de drogas.

Somado a isso, tem-se, ainda, o discurso punitivista propagado pela mídia, o que cria uma falsa percepção da realidade nos setores menos informados da população, que clamam por “justiça”, como se esta fosse obtida a partir da ampliação da capacidade do sistema carcerário e do reforço da lei penal – estratégias estas que vêm sendo cada vez mais propostas pelo Poder Legislativo. Dessa forma, deixa-se de investigar a fundo a causa originária do problema, haja vista que, mesmo com novos presídios, se mantida a atual política criminal, o encarceramento continuará crescendo exponencialmente.

Diante da clara incapacidade de impedir a venda ou o consumo de entorpecentes, as autoridades policiais atuam de forma seletiva e ineficaz e, ainda que dispusessem de maiores recursos e fossem incorruptíveis, não seriam capazes de impedir o funcionamento da indústria e do comércio de drogas ilícitas, nem jamais o sistema penitenciário teria condições de absorver todos os comerciantes de drogas.

Assim, faz-se necessária a adoção de políticas criminais alternativas. Veja-se o posicionamento de Carvalho (2016, p. 140), assentado nos ensinamentos de Alessandro Baratta:

Para Baratta, quatro seriam as indicações estratégicas para o desenvolvimento de políticas criminais alternativas. A primeira, vinculada à interpretação das normas penais e processuais penais, definiria a necessidade de avaliação distinta entre os comportamentos socialmente negativos praticados por grupos sociais vulneráveis. Neste sentido, as políticas criminais alternativas deveriam ser entendidas como política de transformação social e institucional e não mera resposta ao fenômeno criminal no âmbito das funções repressivas do Estado. A segunda perspectiva seria a de viabilizar estrategicamente práticas no interior do sistema para contrair o uso seletivo do direito penal (descriminalização judicial) e redirecionar a ação para tutela de bens jurídicos coletivos e difusos. Na sequência, o autor propõe projetos com o objetivo de abolição gradual das instituições prisionais, sobretudo através dos instrumentos de descarcerização possibilitados pelo uso de medidas alternativas, suspensão condicional da pena e do processo, regimes de semiliberdade e formas diferenciadas de trabalho carcerário. Finalmente, visualiza como fundamental para obter preciso diagnóstico sobre as formas de (re)legitimação do direito penal desigual o estudo e a crítica da interação entre a opinião pública e o sistema de criminalização na formação do senso comum teórico do homem de rua (every day theory).

Neste sentido, num primeiro momento, mostra-se imprescindível o aprimoramento da discussão da questão na sociedade brasileira, com a adoção de um

tratamento mais humano e menos repressivo à questão das drogas. É necessário visualizar que a real causa do problema não consiste simplesmente na comercialização das substâncias entorpecentes, mas sim na legislação ultrapassada, na dependência química dos usuários e nas condições de vida que levam o traficante a aderir a este modo de vida.

Num segundo momento, necessário refletir sobre a possibilidade da descriminalização das drogas, especialmente a maconha, que possui efeitos menos prejudiciais à saúde do usuário e é mais aceita socialmente, conforme vem se discutindo no Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, interessante observar a chamada “política de redução de danos”²⁴ adotada por países como Portugal e Holanda. Tais países direcionaram maiores investimentos à conscientização e prevenção do uso de drogas e adotaram, no lugar da postura proibicionista, a opção da regulamentação da *cannabis sativa*, permitindo seu cultivo e venda (no caso da Holanda) e a descriminalização do uso de qualquer droga em ambos os países. Esta medida, mesmo que não solucionasse integralmente o problema do tráfico de drogas, sem dúvida acarretaria na amenização do mesmo, posto que, caso a comercialização de substâncias entorpecentes fosse devidamente regulamentada pelo Estado, o mercado ilícito decerto reduziria seu poder e, em decorrência, a violência gerada pelo mesmo, facilitando ainda, mesmo que de forma indireta, a distinção entre usuário e traficante.

Subsidiariamente, a fim de se garantir maior proporcionalidade na definição do crime de tráfico, haveria a possibilidade de uma reforma legislativa, de modo a proporcionar uma maior diferenciação com relação à quantidade de droga apreendida e o efetivo grau de participação do acusado no comércio considerado ilícito, considerando, por exemplo, a ocupação do traficante na hierarquia do tráfico: no caso dos pequenos e médios traficantes, tendo em vista que estes são a “ponta do iceberg” e que trabalham com quantidades menores, poderiam ter sua sanção penal reduzida.

Não obstante as alternativas propostas acima, conclui-se que a melhor e mais definitiva solução para o encarceramento em massa ocasionado pela política legislativa da Lei de Drogas seria a adoção de políticas públicas sociais que visem erradicar as extremas desigualdades sociais existentes em nosso país e possibilitar melhores condições de vida aos indivíduos marginalizados da sociedade, mormente através do investimento massivo de recursos na educação básica, saúde, esporte dentre outros setores, bem como facilitar o acesso

²⁴ “A redução de danos parte do princípio de que o usuário pode continuar consumindo, com menos riscos para ele próprio e para a sociedade” (CENTRO DE ESTUDOS ESTRATÉGICOS DA FIOCRUZ. Drogas: Portugal e a Política de Redução de Danos. Disponível em: <<http://cee.fiocruz.br/?q=node/446>>. Acesso em: 19 mai 2018.

destes à justiça, para que estes não tenham, como única alternativa de vida, o ingresso na criminalidade ou, quando nela ingressarem, a certeza de um tratamento injusto e irrazoável.

CONCLUSÃO

Ao longo da história, tornou-se perceptível o colossal fracasso da “guerra às drogas” e da política criminal adotada pelo Brasil através da Lei nº 11.343/2006 que, de maneira oposta a atingir seus objetivos, ocasionou o aumento da produção, comercialização e consumo de entorpecentes, expandiu a corrupção das forças policiais, ampliou as estatísticas de mortos e feridos em decorrência desta e, sobretudo, as estatísticas de indivíduos encarcerados condenados pela prática do tráfico de drogas, os quais contribuem para a superlotação do nosso já saturado sistema carcerário.

Somado a isso, constatou-se que a Lei nº 11.343/06 não consegue capturar efetivamente a figura do grande traficante, o que demonstra que a seletividade opera em desfavor do pequeno e do médio traficante, afetando, no entanto, de forma direta ou indireta, todos aqueles que se encontram entrelaçados na complexa teia do tráfico de drogas, fenômeno social que merece maior atenção por parte do Estado e da sociedade.

A confiança na capacidade de a tecnologia penal solucionar problemas como o das drogas obtém como resultado a maximização incontrolável e a generalização desmensurada da repressão (CARVALHO, 2016, p. 125). A atual política de drogas no Brasil mostrou-se insustentável e marcada por consequências devastadoras, acarretando na violação de direitos fundamentais do traficante e da sociedade, cada vez mais assustada pela ascensão da indústria do crime e do nível de violência urbana.

Logo, a fim de se buscar maneiras de atenuar esta situação catastrófica, deve-se romper com a inércia estatal, recorrendo a alianças entre os três poderes e a sociedade: com relação ao Poder Executivo, mediante investimento em políticas públicas nas áreas da educação e saúde e que visem combater as extremas desigualdades sociais; quanto ao Poder Legislativo, através do aprimoramento da legislação, de modo a conceder maior proporcionalidade e razoabilidade nos elementos do tipo penal do tráfico de drogas; no Judiciário, priorizando uma investigação mais aprofundada, conforme as circunstâncias do caso concreto, a respeito da distinção entre usuário e traficante, assegurando a aplicação da genuína justiça; e na sociedade, por meio da conscientização da população sobre o uso irresponsável das drogas, seus efeitos negativos e da promoção de debates sobre a questão, ainda considerada tabu.

A presente pesquisa não objetiva esgotar o tema, nem propor uma solução concreta e definitiva a uma problemática tão complexa, tendo o condão de tão somente realizar uma análise mais aprofundada acerca das causas e efeitos da questão das drogas em nosso país pois, somente assim, será possível seu tratamento efetivo, sendo necessário encará-la sob uma perspectiva holística e como objeto de um estudo multidisciplinar (social, médico e psíquico), superando o atual modelo proibicionista falido e ultrapassado e conferindo o devido tratamento a um tema tão relevante.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Ivo Rezende. *Movimento da Lei e Ordem: sua relação com a lei dos crimes hediondos*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7938>. Acesso em: 21 abr 2018.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. *A juventude e a questão criminal no Brasil*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/1053773b21eb7cc6e5600f16cc0663e4.pdf>>. Acesso em: 16 mai 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOITEUX, Luciana; VARGAS, Ela Wiecko Volkmer de Castilho Beatriz; BATISTA, Vanessa Oliveira Batista, PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *Tráfico de Drogas e Constituição*. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando_Direito3.pdf>. Acesso em: 01 mai 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 abr 2018.

BRASIL. *Lei de Execução Penal, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 02 mai 2018.

BRASIL. *Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm>. Acesso em: 26 mar 2018.

BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 15 mar 2018.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 2ª Ed. São Paulo: Juspodivm, 2014.

BUENO, Bruno Bruziguessi. *Os Fundamentos da Doutrina de Segurança Nacional e seu Legado na Constituição do Estado Brasileiro Contemporâneo*. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/rsulacp/article/viewFile/3311/3482>>. Acesso em: 21 abr 2018.

CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas No Brasil – Estudo Criminológico e Dogmático*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CEE – FIOCRUZ. *Portugal e a política de redução de danos*. Disponível em: <<http://cee.fiocruz.br/?q=node/446>>. Acesso em: 22 mai 2018.

CONJUR. *Função do Direito Penal é limitar o poder punitivo*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino>>. Acesso em: 01 mai 2018.

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 05 mar 2018.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de droga*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

GAZETA DO POVO. *Droga causa 77% dos homicídios*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/especiais/paz-tem-voz/droga-causa-77-dos-homicidios-9dgb4ldc3wfdvkvce6rztqzi>>. Acesso em: 02 mai 2018.

GLOBO. *Impacto de droga descriminalizada na saúde pública varia entre países*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2013/12/impacto-de-droga-descriminalizada-na-saude-publica-varia-entre-paises.html>>. Acesso em: 27 abr 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral – Vol. I*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

G1. *Dos 380 homicídios registrados em junho, 27,6% têm relação com o tráfico de drogas*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/peernambuco/noticia/dos-homicidios-registrados-em-junho-276-tem-relacao-com-traffic-de-drogas.ghtml>>. Acesso em: 02 mai 2018.

G1. *78% das mortes têm relação com o tráfico de drogas, diz secretária de Segurança do RN*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/78-das-mortes-tem-relacao-com-o-traffic-de-drogas-diz-secretaria-de-seguranca-do-rn.ghtml>>. Acesso em: 23/04/2018.

LAVOR, Isabelle Lucena. *Criminologia crítica: você já ouviu falar dela, mas sabe o que realmente significa?*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/critica-significa/>>. Acesso em: 03 mai 2018.

ODON, Tiago Ivo. *Tolerância Zero e Janelas Quebradas: sobre os riscos de se importar teorias e políticas*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/TD194>>. Acesso em: 16 mai 2018.

PRADO, Geraldo. *A transição democrática no Brasil e o sistema de justiça criminal*. Disponível em: <<http://www.geraldoprado.com/Artigos/Geraldo%20Prado%20-%20Palestra%20Coimbra%20-%20A%20transi%C3%A7%C3%A3o%20democr%C3%A1tica%20no%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 04 abr 2018.

REVISTA SUPERINTERESSANTE. *Brasil é um dos países com menos mortes por uso de drogas*. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/saude/brasil-e-um-dos-paises-com-menos-mortes-por-uso-de-drogas/>>. Acesso em: 23 abr 2018.

RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo; MENDES, Brahwlio Soares de Moura Ribeiro. *Anais do Evento “10 anos da lei 11.343/2006 e a política criminal de drogas no Brasil”*. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/direito/files/2017/10/Anais-do-Evento-10-anos-da-lei-11.3432006-e-a-pol%C3%ADtica-criminal-de-drogas-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 04 mar 2018.

SILVA, Maria de Lourdes da. *Drogas: da medicina à repressão policial: a cidade do Rio de Janeiro entre 1921 e 1945*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Outras Letras, 2015.

STF. *RE n° 635.659, Tribunal Pleno, rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 09.03.2012.*
Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1804565>>. Acesso em:
16 abr 2018.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015 – Adolescentes de 16 e 17 anos do Brasil.*
Disponível em:
<https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015_adolescentes.pdf>.
Acesso em: 14 abr 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral, v. I.* 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2007.