



UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA TOCANTINENSE

WILLIAM TRIGILIO DA SILVA

**TRÁFICO DE DROGAS E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA:
ASPECTOS SOCIAIS E DIREITOS HUMANOS.**

Palmas-TO

2017

WILLIAM TRIGILIO DA SILVA

**TRÁFICO DE DROGAS E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA:
ASPECTOS SOCIAIS E DIREITOS HUMANOS.**

Trabalho apresentado ao Programa *Stricto Sensu* Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, promovido pela Universidade Federal do Tocantins em parceria com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense como requisito para obtenção do título de mestre na Linha de Pesquisa: Instrumentos da Jurisdição, Acesso à Justiça e Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Dr. Oneide Perius.

Palmas-TO

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Tocantins

S586t Silva, William Trigilio da.
Tráfico de Drogas e o Princípio da Intervenção Mínima: aspectos sociais e direitos humanos . / William Trigilio da Silva. – Palmas, TO, 2017.
82 f.

Dissertação (Mestrado Profissional) - Universidade Federal do Tocantins – Câmpus Universitário de Palmas - Curso de Pós-Graduação (Mestrado) em Prestação Jurisdicional em Direitos Humanos, 2017.

Orientador: Oneide Perius

1. Tráfico de drogas. Política de repressão. Ineficiência. Necessidade de readequação da política de enfrentamento.. 2. Princípio da intervenção mínima como instrumento de redução dos efeitos da política de repressão. 3. Descriminalização do porte de entorpecente para consumo pessoal. Redução do encarceramento por tráfico . 4. Mudança de paradigma com enfoque na educação, prevenção, redução de danos e tratamento de viciados. I. Título

CDD 342

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – A reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio deste documento é autorizado desde que citada a fonte. A violação dos direitos do autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Elaborado pelo sistema de geração automática de ficha catalográfica da UFT com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

WILLIAM TRIGILIO DA SILVA

TRÁFICO DE DROGAS E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA:
ASPECTOS SOCIAIS E DIREITOS HUMANOS.

Trabalho apresentado ao Programa *Stricto Sensu* Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, promovido pela Universidade Federal do Tocantins em parceria com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense, como requisito para obtenção do título de mestre na Linha de Pesquisa: Instrumentos da Jurisdição, Acesso à Justiça e Direitos Humanos .

Data da Defesa: 30 / 01 / 2017

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Oneide Perius (UFT)
Orientador - Presidente da Banca

Prof. Dr. Páris Barreto Oliveira (UFT)
Membro Interno

Prof. Dr. Leandro Beck Freiberg (UFT)
Membro Externo

Palmas-TO

2017

A minha amada esposa, Vanessa, pelo apoio incondicional.

Aos meus filhos, Heitor e Yasmim, fontes de inspiração e perseverança.

Aos meus pais, João e Alice, meus primeiros mestres, aos quais devo as lições fundamentais.

Agradecimentos

A DEUS, que todos os dias da minha vida me deu forças para persistir.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Oneide Perius pela paciência e auxílio na desconstrução e reconstrução de ideias.

A Escola da Magistratura do Tocantins e a Universidade Federal do Tocantins que me oportunizaram o acesso ao conhecimento e ao aprimoramento dos estudos.

Aos meus familiares e amigos que sempre me motivaram e me apoiaram nessa jornada.

A justiça inflexível é frequentemente a maior das injustiças.

Terêncio

RESUMO

A presente dissertação, forjada em pesquisa bibliográfica, tem por objetivo analisar criticamente a Política de Enfrentamento ao Tráfico de Drogas no Brasil. Sabe-se que ao invés de resolver o problema, a política atual de enfrentamento ao tráfico de drogas, tem contribuído com o processo de marginalização de segmentos sociais, contra os quais recai à força do sistema penal. A quantidade de pessoas condenadas e presas por tráfico, seu perfil (pobres e com baixa escolaridade) e sua segregação social deixa transparecer que o modelo atual não consegue atingir o seu fim. Diante dessa constatação, a pesquisa propõe uma mudança de paradigma no tratamento do tráfico de drogas, que seja capaz de contrapor ao senso comum e reforçar a ideia de que a solução do problema não deve necessariamente passar pelo sistema penal. Pressupõe que as políticas públicas voltadas ao enfrentamento do tráfico de drogas precisam ser redimensionadas para que os gastos sejam mais concentrados em ações de prevenção e tratamento do vício. Paralelamente concluiu-se que o Poder Judiciário deve enfrentar tal problemática, a despeito da inércia do legislador. Assim, enquanto não sobrevenha alteração legislativa capaz de ajustar à realidade social o tratamento às drogas, ao usuário e ao traficante, incumbe ao operador do direito o trabalho de dar diretrizes interpretativas à legislação vigente, de modo a destacar o viés humanitário, focado na autonomia e na liberdade individual, no respeito à diversidade, na promoção de valores éticos e culturais, cuja postura minimizará as consequências da política repressiva e contribuirá com a diminuição do encarceramento por tráfico de drogas.

Palavras Chave: Política de Enfrentamento ao Tráfico de Drogas. Direitos Humanos. Guerra às Drogas. Poder Judiciário. Princípio da Intervenção Mínima.

ABSTRACT

The present dissertation, forged in a bibliographical research, seeks to critically analyze the drug policy in the country. It is known that far from solving the problem the current policy on drug trafficking has contributed to the marginalization of certain social the strength of the penal system. The number of prisoners, due to convictions for trafficking, and the profile of these segregated people (poor and poorly educated), shows that the current model can not reach its goal. Given this mosaic, this research sought to propose a paradigm shift in the treatment of trafficking capable of opposing common sense, reinforcing the idea that the solution of the problem should not necessarily pass through the criminal system and that policies aimed at drug treatment need to be scaled up so that spending is focused on programs for the prevention and treatment of addiction. At the same time it was concluded that the Judiciary should face such a problem, despite the inertia of the legislator. Thus, as long as there is no legislative change capable of adjusting the treatment of drugs, users and traffickers to social reality, it is incumbent upon the director's agent to give interpretative guidelines to current legislation, in order to highlight the humanitarian bias, focused on autonomy and individual freedom, respect for diversity, promotion of ethical and cultural values, whose position will minimize the consequences of repressive policy and contribute to a decrease in incarceration for trafficking

Keywords: Policy on Combating Drug Trafficking. Human Rights. War on Drugs. Judicial power. Minimum Intervention Principle.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
1.1	CONTEXTUALIZAÇÃO	9
1.2	PROBLEMATIZAÇÃO	11
2	AS DROGAS SOB O ASPECTO HISTÓRICO	14
2.1	MUNDO	14
2.2	EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL	19
3	O ENFOQUE JURÍDICO DA LEI Nº 11.343/2006	22
3.1	INOVAÇÕES	22
3.2	DO TRÁFICO.....	23
3.3	DEMAIS CONDUTAS	26
4	POLÍTICA CRIMINAL DE COMBATE ÀS DROGAS	31
4.1	A INFLUÊNCIA DO CAPITAL NA POLÍTICA CRIMINAL	31
4.2	RESULTADOS DA POLÍTICA ATUAL (MODELO PROIBICIONISTA)	34
4.2.1	Reflexos do Proibicionismo	34
4.2.2	A teoria da reação social – efeitos no sistema penal	37
4.2.3	Os efeitos da atual política criminal no sistema penal	39
5	O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA <i>VERSUS</i> A POLÍTICA DE DROGAS	47
6	DESCRIMINALIZAÇÃO E REDUÇÃO DE DANOS: ALTERNATIVAS PARA O ENFRENTAMENTO ÀS DROGAS	52
6.1	O DEBATE DA DOCTRINA ACERCA DA LEGALIZAÇÃO	52
6.2	O DEBATE ACERCA DA DESCRIMINALIZAÇÃO NOS CASOS DE PORTE PARA O CONSUMO PESSOAL E A ANÁLISE INCONCLUSA DO STF	58
6.3	DESCRIMINALIZAÇÃO JUDICIAL - O PAPEL DO OPERADOR DO DIREITO À FRENTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.	68
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	76
	REFERÊNCIAS	79

1 INTRODUÇÃO

1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO

Antes de ingressar na magistratura, ainda como estudante e mesmo após me dedicar ao nobre ofício da advocacia, tinha a equivocada percepção que a grande maioria dos crimes cometidos no Brasil estava, de alguma forma, relacionado ao tráfico de drogas. A ideia era que os homicídios, latrocínios, roubos, furtos, sequestros, corrupção, tráfico de armas, entre outros, servem para alimentar o rentável e cruel mercado de substâncias ilícitas, que a cada ano se fortalece, dado o seu crescente potencial econômico, capaz de corromper sensivelmente as estruturas dos poderes constituídos pelo Estado.

A partir dessa visão míope, superficial e ainda muito presente na sociedade, desamparada de aprofundamento teórico, típica daqueles que se valem de verdades postas, que não se ocupam em questionar como elas foram produzidas e quais as condicionantes consideradas para que elas viessem a se estabelecer no presente, concluía que a solução da criminalidade no Brasil estava umbilicalmente relacionada ao combate ao tráfico de drogas e aos traficantes. O tráfico era o mal a ser enfrentado e o traficante era o inimigo número um da sociedade que clamava por segurança e paz, necessária ao pleno exercício do direito à vida digna, postulado elevado a preceito fundamental pela Constituição Federal de 1988.

Essa foi a sustentação basilar do meu conhecimento sobre o tráfico de drogas e com ela ingressei na Magistratura do estado do Tocantins em maio de 2009. Com a coragem e o destemor de quem acreditava poder contribuir com a derrocada do tráfico e com a diminuição da criminalidade, eu idealizava reforçar as trincheiras dos defensores da lei para tentar devolver à sociedade aquilo que o comércio de drogas ilícitas subtraiu dela – a tranquilidade e a paz. Contudo, essa predisposição para enfrentar o inimigo, que seria bem representada pela deusa Thêmis, figura mitológica que se destaca pela empunhadura da espada para defender o direito e ancorada no poder estatal que a judicatura proporciona foi se esvaindo, na mesma proporção em que os anos de experiência como magistrado foram se acumulando.

Os quase oito anos de magistratura mostraram-se suficientes para que eu tivesse outra percepção sobre o tráfico, sobre os traficantes e as consequências provocadas na sociedade pela atual política de combate ao comércio de substâncias ilícitas. A ideia de que o tráfico é um mal não desapareceu, pelo contrário – talvez seja um dos maiores desafios da sociedade brasileira na atualidade. Isso porque o poder econômico gerado pelo mercado de drogas ilícitas se fortaleceu ao longo do tempo, permitindo que os gestores desse comércio ilícito se

aproximassem das instituições e do poder do Estado. A riqueza gerada ilegalmente, para ser usufruída, necessita transmutar-se em negócios lícitos, o que é feito através da lavagem de dinheiro e essa “purificação” do capital, ordinariamente corrompe as estruturas do Estado de Direito.

Isso ocorre porque o processo de lavagem de dinheiro só se concretiza quando o dinheiro recebe a etiqueta de “origem legal” e os interessados na conversão da moeda gastam cifras generosas e sedutoras para que esse processo passe “despercebido” aos olhos de quem deveria fiscalizar ou investigar. Normalmente a “distração” está associada à corrupção.

A roupagem de legalidade que o grande traficante consegue dar ao seu patrimônio lhe assegura *status* e representatividade perante a sociedade, que ordinariamente associa o poder ao dinheiro – pode mais quem tem mais. Por sua vez, o poder minimiza, quando não inutiliza, os mecanismos do sistema penal, fazendo com que o seu detentor se torne imune ou praticamente intocável por esse sistema.

Assim, o sistema penal acaba recaindo e operando apenas sobre aqueles que não conseguem converter os lucros ilícitos em negócios lícitos e por isso normalmente orbitam na periferia da cadeia produtiva do tráfico de drogas, como se verá com maiores detalhes no decorrer do trabalho.

Por essas razões, atualmente estou convencido de que a solução para os malefícios do tráfico de drogas não deve necessariamente passar pelo sistema penal. Com efeito, a história revela que o sistema penitenciário tem se mostrado insuficiente para resolver o problema do tráfico de drogas, talvez porque seja influenciado pelo poder econômico que esse mercado ilícito representa, ou porque a solução deveria estar centrada em outras áreas de intervenção, como a saúde e a educação.

Também mudei consideravelmente a visão sobre o traficante. Com efeito, as condenações que proferi nas oportunidades em que atuei como juízes criminais, bem como, as que eu tive acesso, em função do ofício ou, ainda, proferidas por outros colegas me fizeram refletir se aqueles condenados realmente eram os traficantes que vislumbrei no início da carreira como os responsáveis por causar o grande mal social.

Os traficantes com quem tive contato, na verdade, não passam de pequenos mercadores do comércio ilícito de drogas, que se valem do tráfico como meio de subsistência ou para angariar fundos para o próprio sustento do vício. A maioria deles são pessoas pobres, com baixa escolaridade e que de alguma forma foram excluídos do mercado formal de trabalho. E uma vez considerados delinquentes se tornam ainda mais marginalizados, o que restringe a retomada de ganhos por meios lícitos. Para a grande maioria deles, a sobrevivência

depende da prática ilícita. A opção por tornarem-se “pequenos comerciantes” no comércio de drogas ilícitas possui mais ligação com a falta de oportunidades no mercado de trabalho, que propriamente a intenção de descumprir a lei.

1.2 PROBLEMATIZAÇÃO

Ao invés de resolver o problema, a Política de Enfrentamento ao Tráfico de Drogas contribui para a marginalização de determinados segmentos sociais, contra os quais recai a força do sistema penal. Além de contribuir com a marginalização, a atual política onera os cofres públicos à medida que sobrecarrega as penitenciárias de pequenos traficantes e obriga o governo a sustentar uma crescente população carcerária. O que contribui para a falência do sistema penitenciário que, ao contrário de ressocializar, estigmatiza, marginaliza e contribui com a formação da “escola do crime”. Diante disso, a atual política não se efetiva enquanto solução para o tráfico de drogas, uma vez que as intervenções não atingem, efetivamente, o grande traficante.

Nesse prisma é preciso entender não só de forma intuitiva, mas realmente como funciona todo o mecanismo desse sistema, que é totalmente influenciado pelos meios de comunicação de massa. Em razão do alcance e do seu imediatismo, a mídia consegue desenvolver sentimentos que ao ser aceito por um grande número de pessoas, passa a ser referencial de comportamento, formando-se o senso comum.

No caso do tráfico de drogas, o que se “vende” para a sociedade é que a solução para o problema estaria essencialmente vinculada à repressão e ao combate ao traficante, responsabilidade do Sistema Penal. Contudo, o fracasso, verificado ao longo dos anos na solução do problema, além de desgastar o sistema perante a sociedade, na medida em que não atende os anseios da população, tem onerado os cofres públicos que, dia após dia, se vê obrigado a reforçar essa base de combate, visto pela população como a única forma de extirpar o mal.

Assim, a necessidade de se estudar uma alteração no paradigma sobre a abordagem jurídica/social do tratamento das drogas constitui-se questão de extrema urgência. A quantidade de presos, em virtude de condenações por tráfico e o perfil ordinários dessas pessoas (pobres, com baixo grau de instrução, desempregados), deixa transparecer que o modelo atual não consegue atingir o seu fim, qual seja, o de pacificar a sociedade e de efetivamente proteger o bem jurídico (saúde pública).

Desse modo, a pesquisa teve por objetivo demonstrar o uso inadequado da política de repressão na regulação das drogas, destacando as distorções existentes. Em termos gerais, o “pequeno comerciante” e o “grande traficante” são tratados com o mesmo rigor, por isso, a necessidade de se observar, na prática, os dispositivos de gradação das penas previstos na Lei 11.343/2006, que são pouco observados pelos operadores do direito. Diante disso, pretende-se contribuir para diminuir a superlotação nas penitenciárias e casas de detenção, reduzir os gastos públicos e evitar a marginalização de pessoas já desfavorecidas socialmente.

Para comprovar os efeitos e as consequências da atual política criminal foi realizado um levantamento junto aos processos criminais da comarca de Paraíso do Tocantins, que veicula ações penais envolvendo o tráfico de drogas, sentenciados entre os anos de 2012 a 2014, a fim de demonstrar o perfil dos condenados, bem como, a quantidade de drogas que foram apreendidas e a pena aplicada em primeiro grau.

Com o resultado dessa pesquisa pretende-se propor uma mudança de paradigma no tratamento do tráfico de drogas que seja capaz de contrapor ao senso comum, reforçando-se a ideia de que a solução do problema não deve necessariamente passar pelo sistema penal e que as políticas voltadas ao tratamento das drogas precisam ser redimensionadas para que os gastos sejam concentrados em programas de educação, prevenção e tratamento dos viciados, fazendo com que, gradativamente, o problema das drogas deixe de requisitar a proteção do direito penal e passe a ser tratado como uma questão de saúde pública.

A mudança do olhar sobre o tráfico e o traficante, quebrando-se o senso comum, poderia contribuir significativamente para a redução do encarceramento de pequenos traficantes. Pois, o atual paradigma promove a superlotação dos presídios, marginaliza as pessoas já desfavorecidas socialmente e onera o Estado. Uma vez presas, essas pessoas estreitam os vínculos com o crime e com as facções criminosas, tornando-as ainda mais perigosas para a sociedade. Com efeito, a própria lei que regula o tráfico, Lei 11.343/2006, notadamente os art. 33§4º e art. 42, prevê mecanismos de escalonamentos da pena que, não raras vezes, são afastados ou ignorados pelos operadores do direito, em virtude do preconceito existente na base da sociedade acerca do tráfico, dos traficantes e das consequências de seus atos.

Embora, seja necessária a alteração legislativa, o trabalho objetiva dar diretrizes interpretativas à legislação vigente, de modo a destacar o viés humanitário, focado na autonomia e na liberdade individual, no respeito à diversidade, na promoção de valores éticos e culturais, trazido pela Lei 11.343/2006, notadamente no art. 4º. Assim, a proposta se alinha ao princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de minimizar os efeitos (redução de

danos) da cultura e da política proibicionista que, além de não resolver a questão das drogas, tem causado mais danos à sociedade à medida que marginaliza e estigmatiza camadas sociais menos favorecidas, inflaciona a população carcerária, tanto masculina quanto feminina, absorve considerável fatia do orçamento público e dificulta o acesso aos meios de tratamento e recuperação do vício.

2 AS DROGAS SOB O ASPECTO HISTÓRICO

2.1 MUNDO

As drogas nem sempre despertaram polêmicas na sociedade. Elas passaram a ser tema de debates e políticas públicas recentemente, mais precisamente a partir do século XX.

Antes disso, o uso das drogas era algo comum. A maconha, por exemplo, era costumeiramente utilizada para fins medicinais e sua planta (o cânhamo) tinha várias destinações comerciais, como produção de tecidos e papel.

A cocaína foi usada por Sigmund Freud, que pensava ter feito uma grande descoberta - ele chegou a acreditar que ela serviria como cura milagrosa para várias doenças (GURFINKEL, 2012). Além disso, a cocaína foi ingrediente principal para um dos produtos mais famosos da atualidade, o refrigerante chamado “Coca-Cola”. A heroína já foi um dos produtos mais vendidos nas farmácias e seu uso amplamente difundido, inclusive por médicos (SANTOS, 2010).

Na Sociedade Medieval, por intermédio da influência da Igreja Católica, as drogas foram fortemente rechaçadas. Com isso, o uso das drogas, com exceção do álcool e, por vezes, do tabaco, era restrito. Os usuários de drogas poderiam arcar com as consequências impostas pela inquisição, indo para a fogueira ou sofrendo outra sanção desse instituto. As grandes navegações conduziram a Europa para novas descobertas, advindas do novo mundo, Índia, China e de outros países. Além das grandes navegações, a forte tendência globalizante do mercado disseminou o uso de substâncias psicoativas (SOUZA, 2010).

A folha da coca, através da mastigação, já era consumida pelos índios no século XVI sem caracterizar, naquele período, em dependência. Essa droga era mais utilizada para fins medicinais, como no tratamento de depressão, dores no ouvido, entre outras (MEIRELLES, 2008).

Naquela época, o consumo das drogas passou a ter conotações cada vez mais proeminentes, fato que despertou a preocupação de algumas autoridades públicas. Nesse período, a população europeia presenciou o aumento do consumo de certas drogas, seja para remédio ou para a busca do prazer (SILVA, 2010).

As drogas chegaram até o Brasil por intermédio dos escravos, haja vista que na África havia cultivo e consumo de maconha, tabaco, chás e outras formas de substâncias psicoativas. Essas drogas eram vitais para que os escravos suportassem as dores, sofrimentos, humilhações e escravidão perpetrada pelos seus senhores (TORDONI, 2014).

A partir do século XVI, período marcado pelas Grandes Navegações e pelo descobrimento do “Novo Mundo” é que se expandiu o horizonte geográfico e se intensificou as relações culturais, franqueando aos europeus o acesso a um grande número de especiarias, dentre as quais, várias substâncias psicoativas, que logo se “transformaram em valiosas mercadorias, dado o potencial medicinal ou recreativo que elas representavam” (RIBEIRO, 2013, p. 22).

Atentos ao grande mercado europeu e aos lucros proporcionados, os comerciantes da época cuidaram em difundir e incentivar o consumo dessas substâncias no Velho Continente. Porém, o uso desorientado, sem qualquer controle, começou a revelar os efeitos deletérios por elas provocados. Isso não implica em afirmar que nos países de origem havia controle legislativo sobre o consumo desses psicotrópicos, pelo contrário, o uso estava associado à tradição, à cultura regional que acabava servindo como mecanismo de regulação e capaz de evitar os excessos.

O consumo sem qualquer amarra, ainda que apenas cultural, proporcionou aos usuários uma série de complicações crônicas, como intoxicações agudas (*overdose*), entre outras, vindo a requisitar a atenção da saúde pública e desencadeando as primeiras diretrizes de políticas públicas voltadas a solucionar o novo problema (RIBEIRO, 2013, p. 23).

Mas não foi só! A alteração do padrão de comportamento identificada nos usuários despertou a atenção da Igreja Católica, que passou a repudiar o consumo de psicoativos e a perseguir os seus usuários, já que muitas dessas substâncias estavam associadas a rituais diabólicos e a bruxarias. A junção desses fatores (problemas de saúde pública e resistência da Igreja Católica) deu legitimidade para que o problema fosse tutelado através do Direito Penal, e o modelo de Política Criminal até então adotado era o repressivo. Todavia, a atividade era altamente lucrativa e o interesse do mercado se contrapunha aos interesses da saúde pública e da Igreja.

Nessa queda de braço o mercado levou a melhor. Os altos lucros decorrentes da comercialização dessas substâncias, sob o ponto de vista do ideal capitalista, conferiram poderes aos interessados na exploração dessa atividade. No entanto, a resistência social ao consumo, desencadeada pelos nefastos efeitos provocados pelo uso desorientado dos psicoativos, reforçada pela intolerância da Igreja Católica, não contribuía moralmente para que os comerciantes empunhassem a bandeira da liberação.

A saída, sob o ponto de vista do mercado foi mascarar os interesses financeiros envolvidos. Assim, a despeito das políticas de regulação e proibição das drogas se apoiarem na bandeira da “proteção à saúde pública, da moral e dos bons costumes” historicamente o

norte da política de regulação e proibição das substâncias sempre esteve pautado em escusos interesses econômicos.

Isso ocorreu com as duas Guerras do Ópio, a primeira em 1839 e a segunda em 1856. Na primeira guerra, o Imperador Chinês Lin Tso-Siu, a pretexto de defender a saúde pública, mandou apreender grande quantidade de ópio de propriedade da Inglaterra. Na oportunidade a China era o maior mercado consumidor e o ópio representava um sexto do faturamento da Índia Britânica. Em resposta, a rainha inglesa declarou guerra à China e exigiu reparações que culminaram em indenizações, cessão de Hong-Kong para instalação de uma base naval que durou cento e cinquenta e cinco anos e, sobretudo, a manutenção do “mercado consumidor”. Na segunda oportunidade a China, em virtude da política protecionista de mercado sofreu represálias da Inglaterra com a ajuda da França. Mais uma vez a China foi derrotada e as potências imperialistas ocidentais exigiram que a China aceitasse o Tratado de Tianjin, que permitia a instalação de mais onze portos na China para o comércio de ópio com o Ocidente e seria garantida a liberdade de movimento aos traficantes europeus e missionários cristãos (ZACCONE, 2011, p. 77).

Somente a partir do século XX é que se perceberam as primeiras políticas proibicionistas capitaneadas pelos Estados Unidos que, valendo-se do seu grande poderio econômico expandiu essa ideia por todo o mundo. A partir de uma grande reação puritana o consumo de álcool foi proibido no país e iniciou-se a política de combate às drogas. No entanto, a proibição incentivou o poderoso mercado paralelo (tráfico) que rapidamente se incorporou e elevou o consumo informal, o que levou o governo a rever seu posicionamento e liberar novamente o uso do álcool. Porém, a ideia proibicionista já estava lançada, o governo passou a direcionar a política de proibição e repressão para o consumo de outras drogas (CORRÊA, 2014).

Também, a pretexto de proteção da saúde pública, em 1909 a Liga das Nações Unidas, embrião da ONU, convocou uma reunião para a formação da Comissão de Xangai para tratar a questão do ópio. Na oportunidade, após a revolução industrial que exigia o trabalho diário por mais de 12 horas, percebeu-se que os trabalhadores usuários de ópio não apresentavam a disposição para o trabalho em virtude do estado de letargia provocado pelo vício. Assim, o ópio já não demonstrava o mesmo interesse econômico de outrora. Apesar disso, as resoluções decorrentes do referido tratado fez restrições apenas ao ópio fumado, deixando de restringir o uso dos alcaloides dele derivados, como a heroína e a morfina (ZACCONE, 2011, p. 79).

Os Estados Unidos ficaram alarmados com o consumo de ópio nas Filipinas, uma de suas recentes colônias, pelo fato de que este passou a comprometer os interesses americanos na região, em termos de produção. Assim, os Estados Unidos se voltam também à proibição dessa droga, trazendo para seu lado os mesmos países que antes guerrearam para poder comprá-la. Pois, naquele país já havia se desencadeado uma repressão ética ao consumo de certas drogas, como a maconha, a cocaína e o próprio ópio. Isso aconteceu graças a sua vinculação direta com certos grupos étnicos marginalizados, tidos como perigosos e virulentos pelos grupos dominantes.

Curiosamente o ópio fumado era o tipo menos perigoso de consumo em termos de saúde, mas foi o primeiro a ser criminalizado enquanto o mais perigoso, o injetado, foi o último a ser criminalizado. Segundo Del Omo (1990), o pesquisador alemão Sebastian Sheerer explica que a criminalização nessa ordem escondia o verdadeiro propósito americano que consistia em deslocar a mão de obra chinesa – únicos fumadores da época, que naquele momento ameaçava a competição no mercado de trabalho americano nas estradas de ferro (DEL OMO, 1990, p. 79).

Em virtude das duas grandes guerras, as anfetaminas foram disseminadas com o fulcro de aumentar a capacidade dos soldados para ficarem alertas, tendo maior desempenho em suas atribuições frente ao *front* de batalha (SANTOS, 2010).

A morfina também auxiliava no alívio da dor dos combatentes que tinham sofrido algum tipo de ferimento. No entanto, a morfina e a anfetamina logo foram associadas ao prazer, provocando vício nos soldados. Assim, os combatentes voltavam para seus países viciados em determinadas drogas (ANTUNES, 2006).

Entre os anos 1960 e 1970 houve um fortalecimento da ideologia capitalista, em contraposição ao comunismo da União Soviética. Nesse período, intensificou-se a procura por mão de obra mais qualificada, rápida e sóbria. Essa situação, aliada a outras questões sociais, como a guerra do Vietnã, uniu vários jovens americanos e europeus, que frustrados por essa realidade, passaram a questionar as decisões políticas e os padrões sociais e culturais impostos naquele período. Dessa época originou-se o movimento *hippie*, que além de questionar os valores capitalistas do momento, defendia uma sociedade mais justa, com igualdade de oportunidades e liberdade sexual (bastante acentuada com o advento da pílula anticoncepcional). Esses grupos defendiam também a livre utilização de drogas, como forma de prazer e de liberdade. As drogas passaram a ser associadas à liberdade e à vida alternativa (SOUZA, 2010).

Nesse mesmo período, por intermédio da ideologia libertária, inerente a uma juventude revolucionária, no que tange à busca de novos valores, foram disseminadas a maconha, o LSD, a heroína, entre outras. As autoridades passaram a se preocupar com o aumento gradativo do consumo de álcool. Várias leis atinentes a um tratamento mais severo quanto ao uso de drogas surgiram como consequências dessa preocupação (SANTOS, 2010).

Na década de 1980, as drogas sintéticas produzidas em laboratório, tais como o *ecstasy*, as anfetaminas, o LSD, entre outras, tornaram-se bastante populares, principalmente entre os jovens. O mercado de drogas cresceu de forma exponencial, principalmente em países da América Latina, como, por exemplo, a Colômbia (MEIRELLES, 2008).

O tráfico de drogas passou a ser um dos mercados mais lucrativos da economia, ocupando a segunda colocação (perdendo apenas para a computação). As polícias, notadamente a americana, perpetraram uma guerra sem precedentes contra o uso e tráfico de substâncias psicoativas (SILVA, 2010).

Nos anos 1990 o uso da cocaína cresceu consideravelmente. A queda na qualidade dos serviços públicos, tais como a educação e a saúde, aliada as altas taxas de desemprego e aumento de violência contribuíram com a diminuição das perspectivas de vida e, conseqüentemente, a busca pelas drogas por parte da parcela da população mais afetada. As pessoas buscavam nos delírios provocados pelo uso do entorpecente a felicidade que não a encontravam no mundo real. Com isso, as drogas deixaram de ser um sinônimo de liberdade para serem vinculadas à busca pela fuga do indivíduo, face às dificuldades da modernidade (SILVA, 2010).

Esses grupos, supostamente, passaram a usar imoderadamente essas substâncias e a degeneração física e moral causada pelo vício permitiu que fossem associados ao perigo e ao crime. Dessa forma, tornou-se fácil disseminar a ideia e ganhar amplo apoio social em torno da necessidade de proibição.

Assim, vinculou-se a maconha aos latinos, a cocaína aos afrodescendentes e o ópio aos chineses. A partir da disseminação da ideia negativa sobre o uso das drogas, o governo rapidamente voltou seu aparelho coercitivo, iniciado com a proibição do álcool para a repressão dessas drogas. Em suma, esse novo sistema foi criado como forma de controlar essas camadas inferiores, que vinham crescendo assustadoramente e impedir certos perigos, como insubmissão, por exemplo. No Brasil, a proibição de drogas foi facilmente acatada (SOARES, 2015).

As drogas, então, serviram para aumentar o poder de controle do Estado sobre determinados segmentos sociais. A criminalização gradativa das drogas criou o estereótipo do traficante e do usuário, este último, vítima do comércio ilegal. Passou-se a creditar os vícios aos traficantes, até que as drogas passaram a ser o inimigo número um da América.

Desse modo, percebe-se que, ao longo da história, as políticas de regulação e controle das drogas, a pretexto de proteger a saúde pública sempre camuflaram o interesse econômico no comércio da substância. Não é por acaso que vários outros produtos químicos que poderiam ser incluídas no conceito de drogas, em razão dos efeitos deletérios que causam à saúde, não foram selecionadas como proibidas, a exemplo do tabaco e do álcool.

Estudos divulgados pela ONU (Organizações das Nações Unidas), em março de 2004 indicam que os cigarros e as bebidas alcoólicas contribuíram com 4,1% e 4%, respectivamente, para as causas de doenças em 2000, enquanto substâncias ilícitas foram associadas a 0,8%¹.

Ora, se o propósito é proteger a saúde pública, o que justifica a seletividade na criminalização de apenas algumas drogas e a liberação de outras que ofendem o mesmo bem jurídico, muitas vezes, com maior agressividade?

A resposta só pode ser dada sob o ponto de vista do mercado que, na medida do possível canaliza as políticas para atender os seus interesses. Sem perder de vista a percepção de que moralmente a sociedade reprova a circulação dessas substâncias, o mercado age de forma a camuflar seus interesses, sem empunhar a bandeira da legalidade.

2.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL

A mais nova lei de drogas do ordenamento brasileiro é a lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, a qual revogou expressamente os textos legais anteriores, a Lei 6.368/76 e a Lei 10.409/02. Ao longo da história, o Brasil apresentou acentuado número de textos legais que tratavam do tema. Greco Filho e Rossi (2012, p. 21) expõem com clareza este histórico: “O primeiro esboço de legislação sobre o combate às drogas ocorreria nas Ordenações Filipinas, de 1603, onde em seu art. 89 dizia: “Que ninguém tenha em casa rosalgar, nem a venda, nem outro material venenoso”.

¹ Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/noticia/drogas-licitas-matam-mais-que-ilegais>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2016.

Séculos mais tarde, após ser editado o Código Criminal do Império do Brasil foi criado seu “Regulamento”, em 29 de setembro de 1851, o qual cuidou da polícia sanitária e sobre a venda de substâncias medicinais.

Em 11 de outubro de 1890, foi criado o Primeiro Código Criminal do Brasil pelo Decreto lei 847. Nele, configurava-se crime “expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários”. Entretanto, tal dispositivo, bem como, a política criminal adotada no período já demonstrava insuficiência ao combate das drogas no país (BRASIL, 1980).

Nesse sentido, sobreveio o Decreto-Lei 891, de 25 de novembro de 1938, inspirado na Convenção de Genebra de 1936, em que ocorreu a listagem de substâncias consideradas entorpecentes e a fixação de normas restritivas à sua produção, consumo e tráfico, além de também tratar sobre internação e interdição civil dos toxicômanos (SANTOS, 2012).

Com o objetivo de restringir ainda mais a disseminação das drogas no país, foi editado o Decreto-lei 3.114, de 13 de março de 1941, que criou a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, a qual discutia o estudo e fixação de normas gerais de repressão e fiscalização sobre o uso de entorpecentes. Nova incursão no tema foi verificada com o Decreto-lei 4720, de 21 de setembro de 1942, que alterava o Código Penal de 1940, fixando normas para cultivo de plantas entorpecentes, para extração, transformação e purificação de seus princípios ativo-terapêuticos (BRASIL, 1942).

Em 1964, foi promulgada no Brasil a Convenção Única sobre Entorpecentes, a qual inseriu uma nova lista de substâncias proibidas, muito mais ampla que a constante no Decreto-lei 891, sendo adotada pelos órgãos de saúde e de fiscalização.

Importante alteração verificou-se pela Lei 5.726/1971, a qual dispôs sobre as medidas preventivas e repressivas ao tráfico, bem como, o uso de substâncias entorpecentes que levassem à dependência física ou psíquica, além de dar nova redação ao art. 281 do Código Penal de 1940 e promover mudanças processuais para julgamentos dos delitos (BRASIL, 1971).

Poucos anos após, promulgou-se a Lei 6.368/1976, que estava em vigor até a edição da atual Lei 11.343/2006. Durante a vigência da aludida norma foi gerada uma farta legislação sobre o tema, como o Decreto 3.696, de 22 de dezembro de 2000 que regulamentou o SISNAD, a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, que equiparou o tráfico de drogas aos crimes hediondos, bem como, a Lei 8.257, de 26 de novembro de 1991 que regulamentou a desapropriação de terras utilizadas para plantações ilegais de substâncias psicotrópicas. Ainda, na vigência da Lei foi promulgada a Constituição Federal de 1988, que enquadrou o

tráfico de entorpecentes como crime inafiançável, insuscetível de graça ou anistia (SANTOS, 2012).

Em 2002 foi promulgada a Lei 10.409/02, cuja legislação pretendia revogar a anterior Lei 6.368/1976. Contudo, por falta de boa técnica legislativa, o texto legal sofreu várias supressões, particularmente, na parte que tratava dos crimes e penas. Isso refletiu também na parte processual, que acabou sendo inutilizada.

Assim, antes da atual Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, que estabeleceu nova política criminal para regular o consumo e o tráfico de drogas, ainda vigia no país a Lei 6.368/1976 (BRASIL, 2002).

3 O ENFOQUE JURÍDICO DA LEI Nº 11.343/2006

3.1 INOVAÇÕES

A Lei 11.343/2006 trouxe grandes alterações ao tratamento das drogas no ordenamento jurídico pátrio. Esta lei inovou em diversos aspectos, tendo por objetivo principal a individualização das inúmeras condutas que tipificam o tráfico de drogas. Assim, enrijeceu o tratamento dado ao tráfico de drogas com pena maior (de 5 a 15 anos e multa) e aumentou o leque de crimes, trazendo novos tipos penais.

Dentre as alterações merecem destaque as medidas impostas àqueles que financiam o tráfico de drogas, transformando-o em verdadeira indústria. A nova tipificação apregoada no art. 36 da lei impõe uma das maiores penas do ordenamento penal brasileiro. Ainda, ressalta-se o tratamento mais benéfico dado aos que praticam condutas menos gravosas, auxiliando o tráfico, instigando o consumo da droga, cedendo-a gratuitamente para uso comum, bem como, os que apresentam bons antecedentes e não possuem vínculos com organização criminosa. São condições que evidenciam um menor envolvimento do sujeito com o tráfico de drogas, não podendo ser a ele equiparado. Assim, as inovações trazidas buscaram garantir tratamento mais individualizado ao traficante.

Por fim, destaca-se a alteração legislativa mais benéfica dispensada ao portador de drogas para o consumo próprio. Se antes o usuário era apenado com pena privativa de liberdade, a nova legislação abrandou a carga punitiva dessa conduta, eliminando a possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade.

Todas essas inovações trazidas pela lei preconizam um tratamento mais benéfico ao acusado que produziram efeitos diretos na execução penal, inclusive aos que já haviam sido condenados. Com efeito, a superveniência da legislação mais favorável, admite a identificação do instituto da *novatio legis in melius*, constitucionalmente reconhecida, que assegura a aplicação da lei mais benéfica a fatos ocorridos antes de sua edição (SANTOS, 2012).

Deste modo, é inegável o avanço legislativo pertinente às drogas, em virtude de dar tratamento mais individualizado a condutas distintas, com grau de lesividade também diversos. Alcança-se, assim, mais justiça no combate ao tráfico de drogas, bem como equidade nas penas já impostas.

3.2 DO TRÁFICO

A nova legislação, assim como suas antecessoras, não atribuiu *nomem iuris* aos tipos penais do tráfico. A redação do art. 33 da Lei 11.343/2006, que codifica o tráfico de drogas, praticamente repete a anterior, constante do art. 12 da Lei 6.368/1976:

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 (BRASIL, 1976).

A diversidade de núcleos equipara condutas que se aproximam do que seria considerado tráfico, propriamente dito (sob a ideia de comércio, mercantilização, venda), como condutas de distribuição, difusão, sem conotação de venda, lucro, obtenção de vantagens.

Assim, para a caracterização do delito não é necessário a ocorrência de ato de tráfico, propriamente dito, bastando, por exemplo, que se mantenha em depósito ou traga consigo. Nesse entendimento, não se exige a identificação de atividade onerosa para configuração do delito (MORAES, 2014).

Em razão disso há divergentes interpretações. Enquanto alguns autores sustentam que o art. 33 tipifica condutas que não seria tráfico, outros asseguram que as ações de “fornecer, ainda que gratuitamente, consubstancia-se em prover, proporcionar, dar. Desse modo, seja qual for a destinação do fornecimento igualmente caracteriza-se o delito, ressaltando a lei a irrelevância da própria gratuidade” (SANTOS, 2012). Ou seja, ainda que a cessão tenha sido gratuita, pode ser configurado o crime de tráfico. Assim, para incorrer na conduta criminosa em comento, basta praticar uma das 18 condutas descritas no art. 33 da Lei 11.343/2006, independentemente do proveito econômico.

É bom frisar que o bem jurídico tutelado pela tipificação é a incolumidade pública, em particular, a saúde pública. Trata-se de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. Tem como sujeito passivo primário a coletividade e o Estado. Secundariamente, a família e, especialmente, o usuário (FREITAS, 2010).

A pena para o tráfico de drogas é de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão, além do pagamento de 500 a 1.500 dias-multa. A pena mínima anterior, descrita pela Lei 6.368/76, era de 3 anos e a multa fixada era de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa (BRASIL, 1976).

Para Freitas (2010, p. 43), as mudanças foram favoráveis, no sentido de agravar as penas. A pena privativa de liberdade foi significativamente majorada e elevou-se a pena pecuniária, punições essas “sensivelmente mais adequadas à vida fácil dos que se comprazem com a desgraça alheia”.

Entretanto, tal posicionamento não é uníssono. Boiteaux (2012, p. 43), argumenta que o aumento da pena mínima para 5 anos e da máxima para 15 anos apresenta-se como um retrocesso da lei, que contraria a decisão do Supremo Tribunal Federal que admitiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Nesse sentido, a pena teria sido majorada apenas no intuito de impedir a aplicação de penas alternativas. Exemplificando sua posição, Boiteaux (2012, p. 23) diz que:

Para que se avalie a desproporcionalidade da situação, basta imaginar a hipótese de dois garotos de dezoito anos negociando a compra de droga considerada ilícita: se a polícia os flagrasse no momento em que o vendedor (pobre, que precisa vender droga para sobreviver) entregasse a mercadoria para o usuário (rico, que tem dinheiro de sobra para poder comprar droga sem traficar), este iria ser encaminhado ao Juizado Especial e não poderia ser preso de jeito nenhum, enquanto que o outro estaria sujeito a uma pena mínima de cinco anos, somente tendo direito à liberdade condicional com dois terços da pena cumprida, desde que não fosse reincidente específico.

Para a autora o agravamento da pena só contribuiu para intensificar a precária situação das prisões brasileiras, que suportarão os efeitos do aumento dos números de encarceramento. Dessa forma, a lei não alcançará sua eficácia plena, dada a dificuldade em atingir grandes traficantes, restringindo-se a punir pequenos criminosos e aumentar o abismo de penas entre a figura do usuário e a do traficante comum, causando traumas sociais.

Segundo Greco Filho (2012), “justifica-se a exacerbação da pena para evitar a substituição por penas restritivas de direitos, como ficou expresso no §4º, possibilidade que causava grande divergência doutrinária e jurisprudencial em face da lei antiga” (GRECO FILHO, 2012, p. 18).

A nova legislação revelou claramente a opção por combater com rigor o tráfico de drogas, aplicando penas mais severas. Trata-se de modelo proibicionista de política criminal voltada a atender os anseios sociais na suposta busca pela erradicação do tráfico de drogas.

A lei também previu que o traficante primário, com bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa poderá ter a sua pena reduzida de um sexto a dois terços, conforme preconiza o §4º, do art. 33:

§ 4 Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de

direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (BRASIL, 2006).

Apesar de a legislação vedar expressamente a conversão da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, em setembro de 2010 o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 97256, em regime de repercussão geral declarou inconstitucionais os dispositivos da Lei de Drogas que impedem a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. No julgamento do HC, por seis votos contra quatro, os ministros decidiram que são inconstitucionais os dispositivos da Lei 11.343/2006 que proíbem expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito (também conhecida como pena alternativa) para condenados por tráfico de drogas. O Plenário concluiu pela inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do artigo 33, parágrafo 4º, bem como da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do artigo 44, ambos da Lei 11.343/2006.

Seguindo essa linha, recentemente o STF, no julgamento do Habeas Corpus (HC) 118533 também decidiu que o chamado tráfico privilegiado, no qual as penas podem ser reduzidas, conforme o artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006, não deve ser considerado crime de natureza hedionda. O que ficou assentado, em apertada síntese, é que o tráfico privilegiado não se harmoniza com a qualificação de hediondez do delito definido no caput e no parágrafo 1º do artigo 33 da Lei de Drogas, sendo que o tratamento equiparado a hediondo configuraria flagrante desproporcionalidade.

O comando do §4º do artigo 33 da Lei 11.343/2016, ainda traz a expressão de que as penas “poderão ser reduzidas”, deixando transparecer a ideia de que isso seria uma faculdade do aplicador do direito. Contudo, o referido dispositivo, não induz uma faculdade. Trata-se de um poder-dever imposto ao juiz, eis que se traduz em um direito subjetivo do acusado, conforme explica Moraes (2014, p. 42):

Entendemos que, embora a redação ao artigo menciona que as penas poderão ser reduzidas pelo juiz, trata-se de direito subjetivo do réu, ou seja, um poder-dever do juiz em aplicar a redução caso os requisitos estejam presentes. A discricionariedade do juiz ocorre em relação ao quantum da redução, podendo o juiz graduá-la entre 1/6 e 2/3, de acordo com os requisitos subjetivos apresentados pelo réu.

Logo, para o condenado conseguir a almejada diminuição, deverá possuir os seguintes quesitos, cumulativos, sob pena de ser-lhe aplicado o caput do art. 33: ser réu primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

Nesse sentido, Leal (2012, p. 23) afirma que “o objetivo maior da atenuante em exame é permitir ao juiz um instrumento mais racional e mais justo, em termos de aplicação e de individualização da pena”. Assim, se trataria de medida que proporcionaria tratamento mais justo e adequado a cada caso.

De outro ponto, como o ônus da prova cabe à acusação, esta terá que demonstrar se o acusado é agente, ou seja, se a pessoa se dedica ou integra organizações criminosas e estas provas são indubitavelmente difíceis de serem feitas. Diante disso, Bracks (2013, p. 76) traz as seguintes indagações:

O que seriam atividades criminosas senão a própria incursão do réu de uma conduta definida, na lei, como crime? E a referida organização criminosa, como defini-la? Teremos clubes de narcotráfico dos quais os sócios poderão ostentar carteirinhas para, de posse de tais informações, o magistrado ser capaz de aferir se está ou não o réu ‘integrado em organização criminosa?’ (BRACKS, 2013, p. 76).

Em relação ao réu primário com bons antecedentes lhe é assegurado à diminuição da pena e a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direito (penas alternativas), bem como a perda da qualidade de delito hediondo, o que influencia nos requisitos objetivos para a obtenção dos benefícios previstos na Lei de Execução Penal (progressão de regime com 1/6 do cumprimento da pena e livramento condicional com 1/3 do cumprimento da pena, caso seja primário). Pode-se concluir, nesse particular, que houve *novatio legis in melius*, que alcança os condenados pela prática de tráfico nessas circunstâncias.

3.3 DEMAIS CONDUTAS

As condutas que foram sensivelmente abrandadas pelo legislador são as de induzimento, instigação ou auxílio do uso de drogas e o do cedente eventual, respectivamente previstas nos parágrafos 2º e 3º do art. 33 da Lei de Drogas, *in verbis*:

§ 2 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.

§ 3 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 (BRASIL, 2006).

Esses crimes descritos acima não são equiparados ao tráfico de drogas, mas, são

considerados Crimes Subjacentes ao Tráfico de Drogas. Segundo Volpe Filho (2012) são assim denominados por serem condutas que estão em um patamar inferior, de nível secundário em relação ao rol de atividades do tráfico, não possuindo, inclusive, relação íntima com ele.

Vale ressaltar que esses referidos crimes já eram previstos na legislação antiga, recebendo, contudo, penas análogas as do tráfico de drogas (reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, tratando-se, assim, de figuras equiparadas. O cedente eventual, inclusive, era tipificado no art. 12, caput, Lei 6.368/76 (tráfico de drogas), pois tal conduta não estava particularizada em tipo específico, como ocorre agora. Assim, a nova legislação entendeu por abrandar essas duas condutas, tratando-as como menos gravosas que o tráfico de drogas. Dessa forma, atendendo a uma questão de proporcionalidade, as penas dessas condutas foram reduzidas (SANTOS, 2012). Quanto a essas mudanças, Greco Filho (2004, p. 39) considera que:

Não há dúvida de que a solução é justa, porque a equiparação pura e simples dá tratamento igual a situações penalmente desiguais. Clóvis Alberto Volpe Filho também endossa essa posição, afirmando que “o legislador corrigiu uma desproporcionalidade, pois não se pode punir com as mesmas reprimendas aquele que fomenta o tráfico, vendendo as drogas, e aquele que induz ao uso. Necessário se faz a devida distinção, para efeito de aplicação da sanção penal”.

Nessa esteira, Greco Filho (2014) entende instigar e induzir como “duas formas semelhantes de levar psicologicamente alguém à prática de um fato. A primeira consiste em sugerir a ideia de incitar a prática do ato; a segunda pressupõe uma vontade, que é encorajada e robustecida” (GRECO FILHO, 2014, p. 49).

Sobre o mesmo dispositivo, Moraes (2012) aponta a ocorrência de *novatio legis in mellius*, visto que a pena para os incursos nesta conduta foi reduzida, razão pela qual os efeitos da lei devem atingir os fatos praticados anteriormente.

O §3º do artigo 33, traz a resolução de uma grande discussão a respeito da cessão de droga para consumo em conjunto. Anteriormente, o fornecedor eventual era caracterizado como traficante e enquadrado no art. 12 da lei antiga, com a respectiva pena de 3 a 15 anos de reclusão.

O novo comando legal distinguiu o traficante do fornecedor eventual, dando tratamento diferenciado a este último. Entretanto, para verificação desta conduta exige-se a presença de quatro elementos típicos: o oferecimento eventual da droga; a conduta sem o objetivo de lucro; o relacionamento de natureza pessoal dos envolvidos; a intenção de

consumirem conjuntamente a droga. “Presentes estes elementos, o agente não será considerado traficante, mas fornecedor eventual, mas caso algum destes elementos não esteja presente, a conduta será tipificada no *caput* do art. 33 da Lei nº 11.343/06” (VOLPI FILHO, 2012, p, 44). Conforme explica Silva (2015, p. 32):

Temos quatro elementares do tipo, sem os quais o delito não existiria. São eles: 1) Oferecimento eventual da droga: caso seja constante, o delito será outro; 2) Oferecimento sem a objetivação de lucro: caso seja com o objetivo de lucro, também não será este o delito; 3) Oferecimento da droga a pessoa de seu relacionamento: caso venha tratar-se de pessoa desconhecida, o delito não estará caracterizado, podendo o agente responder por delito mais grave (art. 33); 4) Oferecimento da droga a pessoa de seu relacionamento, para juntos consumirem: caso o agente ofereça a droga para que apenas o outro consuma, o crime será mais grave (art. 33).

A inexistência de um desses elementos afastará a incidência delituosa deste dispositivo, sujeitando-se, em tese, a incidência do art. 33 *caput*. Entretanto, um destes elementos é subjetivo: consumir a droga conjuntamente. Assim, pode ocorrer ou não, sendo que para caracterizar a forma privilegiada basta o fim, que seria o consumo da droga, que poderia ser conjuntamente ou não. Entende-se que os outros três elementos são objetivos, sendo que o oferecimento deve ser eventual e, cumulativamente, que não tenha qualquer objetivo de lucro, pois se assim o tiver, descaracteriza a forma privilegiada, sendo a conduta a tipificada no *caput*. Ainda, o relacionamento dos agentes teria de ser íntimo, pessoal, ou qualquer outro que gerasse suficiente intimidade para um consumo conjunto de drogas (GRECO FILHO, 2014).

Neste caso, também se verifica a ocorrência *novatio legis in melius*. A equiparação dessas condutas ao tráfico de drogas, verificada na legislação antiga, mostrava-se desproporcional, sendo salutar o novo regramento de distinção para dar tratamento diferenciado a situações claramente distintas e com graus de nocividade diferentes. Ainda, a Lei 11.343/2006 criou dois novos tipos penais assemelhados ao tráfico de drogas, a saber, o financiador do tráfico e o informante (colaborador do tráfico), descritos nos artigos 36 e 37 (BRASIL, 2006).

O art. 36 da nova lei tem por objetivo punir aquele que custeia o empreendimento do tráfico ou qualquer atividade ligada a ele e, para tanto possui uma das sanções mais elásticas do sistema penal brasileiro. *In verbis*: “Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33 *caput* e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa (BRASIL, 2006).”

O legislador aferiu pena altíssima para esse crime, deixando evidente o tamanho da reprovabilidade da conduta, o que faz muito sentido com o objetivo da lei, que é fechar o cerco ao tráfico de drogas. Afinal, sabe-se que o tráfico de drogas é uma das atividades mais rentáveis e que muitos criminosos investem quantias absurdas para financiar o mercado ilegal.

Frisa-se que houve certo excesso de prudência por parte do legislador quanto aos verbos utilizados, pois em seu entendimento e também segundo o “Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa” financiar e custear andam na mesma direção, sendo que quem financia, custeia, e vice-versa, tratando-se de sinônimos (VOLPE FILHO, 2012).

Quanto ao objetivo do legislador, infere que: “tenta-se combater a mola propulsora do crime organizado que se esconde por de trás dos traficantes, ou seja, quer punir aquele que faz do tráfico sua empresa, injetando dinheiro a procura de lucros” (SANTOS, 2012), confirmando a reprovabilidade da conduta e a intenção coibidora do legislador.

Entretanto, apesar de guardarem relação entre si, “financiar” e “custear” o tráfico de drogas não são atividades idênticas. Silva (2015, p. 39) entende que “financiar significa sustentar os gastos, prover o capital necessário para a atividade” e “custear é prover quaisquer despesas necessárias para a atividade”.

Em relação à lei anterior (Lei 6.368/1976), quem fosse financiador do tráfico seria enquadrado pelo crime de tráfico de drogas na modalidade de partícipe, agravado pela conduta do art. 62, I, do Código Penal. Destarte, possui tipificação autônoma, com sanção penal ainda mais grave. Ainda, destaca-se que “em boa hora o legislador criou este tipo penal, que na prática faz a separação entre empresário do tráfico e o pequeno e médio traficante. Antes do advento da nova lei, o empresário do tráfico respondia pela mesma pena do traficante comum” (SILVA, 2012, p. 31).

O crime é de conduta dolosa, além de não exigir qualquer finalidade especial, bastando para tanto, apenas a vontade e a consciência de vincular dinheiro para a realização do tráfico de drogas e seus crimes equiparados.

Já quanto ao art. 37, também sem precedentes na antiga legislação, pretende-se punir qualquer conduta que, de alguma forma, possa contribuir, ajudar, incentivar ou auxiliar o tráfico de drogas, por mais irrelevante que seja. O artigo 37 assim preconiza:

Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, "caput", e § 1º, e 34 desta Lei. Pena — reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa (BRASIL, 2006).

O crime, mais uma vez é essencialmente doloso, existindo a vontade e a consciência de colaborar com um grupo criminoso que se dedique ao tráfico de drogas. O verbo colaborar significa que essa colaboração deve ser como informante, “ou seja transmitindo informações ou conhecimento obtido por meio de investigação” (VOLPE FILHO, 2012, p. 45).

Volpe Filho (2012) esclarece que a conduta aqui reprimida poderia ser a do art. 12, §2º, III, da Lei n. 6368/7641, em que teria a mesma pena do tráfico de drogas antiga, de 3 a 15 anos de reclusão. Contudo, seguindo a ideia de se distinguir essas condutas como diferentes optou-se ser melhor tornar a punição mais proporcional à sua gravidade e reprovabilidade, possuindo no caso, pena bastante inferior, de reclusão de 2 a 6 anos e multa.

Assim, o legislador, observando a disparidade entre o traficante e aquele que de alguma forma auxilia a conduta, empregando atuação claramente menos danosa pode por bem, distinguir os tipos penais. Portanto, aqueles que responderam por tráfico de drogas quando praticaram somente auxílio podem pleitear a aplicação da lei nova, tratando-se de *novatio legis in mellius*.

4 POLÍTICA CRIMINAL DE COMBATE ÀS DROGAS

4.1 A INFLUÊNCIA DO CAPITAL NA POLÍTICA CRIMINAL

A história da sociedade revela que o homem sempre buscou interagir em agrupamentos sociais, que por menor ou mais simples que fossem essas organizações, levavam em conta a estrutura de poder e, por consequência, a existência de superiores e subordinados.

Além dos conflitos de interesses entre integrantes de um mesmo grupo, com o propósito de obter mobilidade dentro da própria estrutura social à qual pertencia, a história também aponta disputas entre grupos sociais distintos. O resultado dessas disputas e a forma de resolução dos conflitos travados determinaram o surgimento de grupos dominantes e dominados. A vitória legitimava o vencedor a subjugar o vencido que passava a servir aos interesses do grupo dominante.

Essa dominação, que nas sociedades primitivas se revelou pelo uso da força, foi sofrendo variações até ser substituída pela dominação econômica ditada pelo modelo capitalista na sua forma mais voraz (liberalismo econômico), que se especializou em criar padrões de comportamentos socialmente aceitáveis e aprisionar ideologicamente as pessoas para atender ou ocultar seus próprios interesses. A origem da pena detentiva é um reflexo disso, segundo De Giorgio (2006, p. 41):

A origem da pena detentiva está inserida no contexto das transformações sociais que ocorreram na Europa nos séculos XVI e XVII. Naquele período, uma repentina redução demográfica, ligada em parte à Guerra dos Trinta anos, havia determinado uma drástica carência de mão-de-obra, o que resultou na elevação progressiva dos salários. Essa situação induziu os governos dos países europeus economicamente mais avançados a rever as suas políticas em relação à pobreza. [...] Através da imposição do trabalho, tornava-se possível enfrentar, ao mesmo tempo, a praga social da vagabundagem e a praga econômica do aumento dos salários, provocada pela escassez da força de trabalho.

Nesse intervalo histórico que marcou a transição do feudalismo para o capitalismo, a crescente indústria exigia muita mão de obra. O sistema fracionou as etapas de produção para que cada trabalhador se especializasse em uma parte dela, fazendo com que o resultado final superasse as produções individuais. Com resultados expressivos a indústria expandia e a mão de obra começava a dar sinais de escassez.

Por outro lado, os camponeses que haviam migrado para a cidade, iludidos com a independência conquistada após a derrocada do feudalismo, que se destacava pelos vínculos de servidão entre os servos e os senhores feudais, se viram traídos por essa falsa independência. Todavia, apesar do regime de servidão, no campo se garantia a subsistência. Embora submetidos a um regime que não dava perspectiva de mobilidade social, o trabalho na condição de servo assegurava a moradia, a alimentação e a proteção do senhor feudal, o que a cidade não oferecia.

Por conta desse movimento social, as cidades encheram de pobres, sem moradia, alimentação e sem proteção, que logo foram rotulados de vagabundos. Assim, essa massa precisava ser condicionada e direcionada para assegurar a produção das fábricas. Era preciso disciplinar e transformar o camponês em operário.

No momento de transformação da sociedade, na transição do feudalismo para o capitalismo percebeu-se a necessidade de formatar contingentes humanos para a nascente indústria, o que foi feito mediante a imposição de disciplina capaz de condicionar às pessoas a se submeterem ao ciclo de produção, diferente da agricultura, sob uma vigilância permanente.

Nesse contexto, a política criminal foi direcionada para atender o capital, de forma que o sistema penal e as penas se transformaram em instrumento do capitalismo. De acordo com De Giorgio (2006, p. 44), surge daí as penitenciárias:

[...] a penitenciária nasce e se consolida como instituição subalterna à fábrica, e como mecanismo pronto a atender as exigências do nascente sistema de produção industrial. A estrutura da penitenciária, sob o perfil tanto organizativo quanto ideológico, não pode ser compreendida se, paralelamente, não for observada a estrutura dos locais de produção; é o conceito de *disciplina do trabalho* que deve ser proposto aqui como termo que se faz a mediação entre cárcere e fábrica.

Assim, a pretexto de combater o ócio, as penas passaram a servir como instrumento de regulação da mão de obra, com o propósito de atender a crescente indústria que emergia após a Revolução Industrial. Passou-se a condicionar as pessoas e a impor padrões de comportamento que valorizam o trabalho, já que a sustentação do próprio sistema capitalista dependia da mão de obra como fator de produção.

Assim, Nesse passo, a prisão se transformou em uma “escola de condicionamento” de um modelo de sociedade que se amoldou às exigências da indústria, local onde se desconstrói o camponês e constrói o operário disciplinado, que cumpre ordens e horários, que aceita trabalhar durante uma jornada exaustiva e ser remunerado de acordo com os padrões capitalista.

É nesse sentido que De Giorgio (2006, p. 46) sintetiza os objetivos da instituição carcerária:

A instituição carcerária é, pois, certamente, uma tecnologia repressiva, uma vez que impõe ao detento uma situação de privação absoluta que faz dele um sujeito totalmente dependente do aparelho de poder que o subordina. Mas é também um poderoso *dispositivo ideológico*, uma vez que lhe impõe a submissão ao trabalho como único caminho para sair desta condição. Revela-se, assim, o paradoxo de um mecanismo que, de um lado, produz privação, falta, carência, e, de outro, impõe as próprias engrenagens disciplinares como remédio para esta condição.

Portanto, a origem das penas e das penitenciárias denuncia a influência do capital sobre a política criminal. As práticas mercantilistas ganhou força, devido ao lucro que proporciona o que levou o mercado, segundo Foucault (2008, p. 43-45) a se tornar a razão do Estado e a estabelecer um regime de verdade, fonte de distribuição da justiça.

A princípio, o mercado era dotado de um controle extremamente rigoroso quanto aos objetos a serem comercializados, a origem dos produtos, a qualidade, as práticas comerciais aceitáveis e, sobretudo, quanto aos preços estabelecidos para a comercialização. Exigia-se um preço justo, extraído da análise do custo de produção, principalmente em relação aos alimentos para que todas as pessoas pudessem comprar, tanto os ricos quanto os pobres. Como sugeriu Foucault (2008), nessa perspectiva o mercado era visto como lugar de jurisdição.

Contudo, ainda no século XVIII o mercado perdeu essa característica de jurisdição. A pretensão de se estabelecer um preço adequado do produto, considerando os custos de produção e o ideal de assegurar o acesso desses produtos ao maior número de pessoas possíveis, esvaziou-se. Os preços dos produtos desapegaram-se da relação do custo de produção e passaram a ser estabelecido de forma natural, desprovidos de parâmetros.

E foi exatamente essa liberdade de definição conferida ao mercado, que lhe franqueou a oportunidade de estabelecer, o que seria justo, *o que seria verdadeiro*.

Como o mercado gerava riqueza, ele passou a ser visto como instrumento de força do Estado. Assim, as políticas governamentais foram canalizadas para favorecer suas práticas, o que submeteu a avaliação dessas políticas à análise de sua atuação conforme o interesse do mercado, ou seja, de acordo com a verdade ditada por ele (mercado).

Governo bom era o que estabelecia suas políticas de acordo com a verdade, pouco importando se essas políticas eram são ou não justas. O mercado se torna um lugar de veridicação (FOUCAULT, 2008, p. 45). O sistema de veridicação passou a influenciar o direito penal a partir do momento em que o foco do estudo deslocou-se do fato criminoso para a

pessoa do criminoso. Quando se passou a indagar quem era o criminoso, ao invés de indagar o que ele teria cometido (fato).

Essa mudança de paradigma criminológico, para alguns especialistas, redefiniu a política criminal, surgindo daí a teoria da reação social ou *labeling approach*, cujos seguidores sustentam que o desvio e a criminalidade não são uma qualidade inerente à conduta, mas uma etiqueta atribuída a determinados indivíduos através de um processo de seleção. Trata-se de um duplo processo de definição legal de crime associado à seleção que etiqueta um autor como criminoso.

Pela teoria da reação social as definições de delito são influenciadas por questões políticas-sociais, as quais orientam o sistema penal acerca dos comportamentos socialmente adequados, permitindo a discriminação das condutas que não se conformam com o padrão imposto (verificação). Segundo Baratta (2011, p. 86), o sistema penal teria a função de definir a ação reprovada e o respectivo transgressor só alcançaria essa condição após receber a etiqueta do próprio sistema.

Assim como os comportamentos são extraídos da verdade ditada pelo mercado, o sistema penal estaria incumbido de definir quais os comportamentos desviantes e reagir contra esses desvios.

4.2 RESULTADOS DA POLÍTICA ATUAL (MODELO PROIBICIONISTA)

4.2.1 Reflexos do Proibicionismo

A visão disseminada pelo modelo proibicionista conecta as drogas não só à criminalidade, mas também aos problemas de saúde pública decorrentes do uso das substâncias entorpecentes. Porém, a própria visão médica do assunto acaba sendo deturpada pelas políticas existentes e cria-se a ideia de que as drogas proibidas são exatamente aquelas mais perigosas, gerando um grande tabu a respeito delas (SOARES, 2015).

No caso da maconha, por exemplo, foram criados diversos mitos sobre seus efeitos, relacionando-a diretamente com a violência, apesar de seu uso não instigá-la.

Não fosse completamente catastrófico, o proibicionismo até poderia passar despercebido, como mais uma ideia deturpada. Porém, a adoção dessa política como forma de combater o tráfico vem causando efeitos desastrosos na sociedade. Dessa política decorre a percepção de que, em razão dos efeitos deletérios provocados pelo uso, as drogas devem ser

completamente extirpadas da sociedade, e que, a partir de então a incidência de problemas de saúde e de crimes seria consideravelmente diminuída (SANTOS, 2012).

Além do tabu criado o “proibido” desperta a atenção, principalmente dos jovens, que em busca do novo, do inusitado, dos desafios, acabam se envolvendo com as drogas. Esse envolvimento às margens da lei fomenta a criminalidade. Assim como na experiência da proibição do álcool nos EUA, a proibição das drogas desperta e mantém uma poderosa forma de criminalidade, que surge como grande fonte de lucro e se mantém com muita violência. Com efeito, o sucesso da atividade em todas as etapas (aquisição de matéria prima, fabricação, transporte e comercialização) é feito de forma ilícita, situação que eleva os gastos, mas proporciona muito lucro.

Apesar disso, se mantém a ideia de que a proibição é, na verdade, uma questão de saúde pública, apesar do constante fracasso na diminuição do uso das substâncias ilícitas. O que acontece é que a venda passa pelo mercado ilícito, o qual utiliza amplamente da violência como meio principal de manutenção de sua posição de poder.

Como se não bastasse, o comércio de drogas impulsiona o tráfico de armas e outros crimes paralelos desencadeados para manter o vício (principalmente crimes contra o patrimônio) e para assegurar o território de exploração do tráfico, fatores que permitem concluir que a proibição gera mais perigo e dano à sociedade do que as drogas em si. No sistema atual o usuário acaba financiando a criminalidade e o consumo continua existindo, senão aumentando (SILVA, 2012).

Fato é que o sistema posto serve como instrumento eficaz de controle aos pobres, negros, imigrantes e outros grupos considerados “ameaçadores”. Segundo Wacquant (2012, p. 21), “a política de luta contra a droga serve de biombo para uma guerra contra os componentes da população percebidos como os menos úteis e potencialmente mais perigosos, ‘sem-emprego’, ‘sem-teto’ e outros marginais“. Em função da proibição, cria-se uma situação de guerra constante dentro do próprio país, entre a polícia e os traficantes, guerra essa que acaba influenciando toda a população, por gerar medo constante. Por fim, não é possível fazer guerra às drogas sem fazer uma guerra às pessoas, já que segundo Souza (2010, p. 32):

Racismo, xenofobia, negócios e moralismo são as raízes da atual conjuntura proibicionista. As drogas – que sempre fizeram parte da cultura humana – foram divididas em lícitas e ilícitas por motivos arbitrários políticos. A problematização da proibição e a tentativa de encontrar soluções são vitais para a superação dessa utopia punitiva.

Para Corrêa (2014, p. 12), “o proibicionismo leva a encarar o usuário unicamente como um drogado, ignorando a profundidade dessa pessoa, suas condições de vida, sua história, os elementos que a levaram ao consumo de drogas ilegais”. E aí se vê também outro problema: o consumo de drogas não será exterminado completamente, pois seu uso vai além dos efeitos que a droga produz – envolve outros fatores sociais e serve de controle social.

As pessoas usam drogas, geralmente, para fugir das normas sociais impostas ou ainda para escapar da previsibilidade gerada pelas diversas formas de controle social. Assim, o indivíduo usa drogas sempre por algum problema social ou pessoal, mas ao invés de se criar meios para tratar esses problemas, apenas criam-se mecanismos de reprimir ainda mais o próprio sujeito (CORRÊA, 2014).

As sensações que as drogas provocam em curto prazo atraem a maioria dos usuários. O consumo de drogas é, antes de tudo, uma escolha individual, e seu controle não se compatibiliza com a ideia democrática de liberdade. Porém, as pessoas precisam conhecer os reais efeitos que o uso do entorpecente pode provocar. Os esforços com a educação e prevenção devem superar os dispêndios com a repressão. Segundo Rosemberg (2012, p. 43):

A liberdade tem um significado mais profundo do que ‘só fazer o que se gosta’. Esta é uma colocação simplista, que não reflete a complexidade da questão do livre-arbítrio. Para exercitar uma escolha livre, é preciso conhecer a própria necessidade (já que é tão difícil ter acesso ao próprio desejo, inconsciente por definição), conhecer as opções possíveis, e conhecer as implicações de cada uma das possibilidades de ação. Assim, a liberdade geralmente desaparece, uma vez iniciada uma relação com a maioria das drogas, pois o usuário é compelido a continuar "escolhendo" usar o que lhe faz mal.

As drogas causam ou podem vir a causar, enormes danos ao indivíduo. Entretanto, usá-la ou não, por mais que tentemos reprimir e impedir, é uma questão de escolha individual. O que ocorre, atualmente, é que o assunto virou grande tabu e as informações verdadeiras não são disseminadas.

Ao usar drogas, muitos indivíduos acabam encontrando no mundo ilusório, criado pelos efeitos do entorpecente, o prazer que não é alcançado no duro, injusto e competitivo mundo real. A busca por essa momentânea felicidade provoca o vício e quando a pessoa percebe o erro, por consciência própria ou ajuda de terceiros, se depara com a dificuldade do tratamento. Primeiro, porque passa a ser estigmatizada como pessoa fraca, viciada e vinculada ao crime. Segundo, porque o Estado oferece muito pouco em termos de tratamento e

recuperação de viciados, já que a política é voltada essencialmente para o combate e a repressão.

Nesse cenário, a situação do viciado torna-se muito crítica. A criminalização não permite que as drogas passem por algum tipo de controle, o que compromete a sua qualidade, podendo ser facilmente adulterada. O processo de composição da cocaína, por exemplo, envolve gasolina, ácido sulfúrico e amônia, multiplicando o teor de risco à saúde do consumidor.

Dessa forma, percebe-se que os problemas decorrem mais da política criminal adotada para o tratamento das drogas do que do próprio consumo das substâncias, hoje reputadas ilícitas.

4.2.2 A teoria da reação social – efeitos no sistema penal

O modelo proibicionista adotado para solucionar a questão das drogas, forjado sob as diretrizes do interesse econômico, não tem se mostrado eficaz. Apesar do endurecimento da legislação ao longo dos anos, que elevou substancialmente a pena e atribuiu caráter hediondo ao tráfico, o mercado de substâncias ilícitas se agigantou. Os traficantes organizaram a atividade, diversificaram as espécies de drogas, recrutaram muitas pessoas para trabalhar, desde a produção até a comercialização, se armaram fortemente para defender seus postos e atacar os inimigos em busca de expandir seus “negócios”. O poder econômico e bélico do estado paralelo criado com o tráfico corrói as instituições e assombra as estruturas do Estado Democrático de Direito. Por outro lado, o sistema encheu as cadeias e as penitenciárias de pequenos traficantes, normalmente pessoas pobres com baixo nível de escolaridade e com poucas expectativas de serem absorvidas pelo mercado formal de trabalho.

O perfil ordinário das pessoas atingidas pelo sistema proibicionista nos leva a crer que, atualmente, os mecanismos de combate e repressão têm braços curtos, já que não consegue atingir todos os envolvidos no mercado ilícito, principalmente aqueles que, em razão do poder econômico, enfraquecem ou neutralizam a ação do aparelho estatal. Assim, os dados veiculados pelas agências de controle e repressão do tráfico servem apenas para mascarar a eficácia dessas instituições e manter acesa a imagem do Estado que combate o crime, que pune e que prima pela manutenção da ordem.

A explicação mais convincente para esse fenômeno vem do estudo da criminologia crítica e decorre da teoria da reação social, ou *labelling approach*, mais difundida no Brasil

por Alessandro Barata. Tal teoria proporcionou uma mudança de paradigma criminológico. A tese central desse paradigma é que o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta e sim uma etiqueta atribuída a determinados indivíduos através de complexos processos de seleção, isto é, trata-se de um duplo processo de definição legal de crime associado à seleção que etiqueta um autor como criminoso. Em razão disso, ao invés de falar em criminalidade (prática de atos definidos como crime) deve-se falar em criminalização (ação operada pelo sistema e sustentada pela sociedade – senso comum punitivo – etiquetamento)². Dessa forma, o caráter criminal de uma conduta e a atribuição de criminoso depende do processo social de definição da ação ou omissão criminosa e de seleção do delinquente (etiquetamento do autor).

Assim, o desvio nasce de conflitos socioeconômicos e esses conflitos dão contornos ao etiquetamento. A definição de crime (ação ou omissão proibida) é o produto dessa confrontação de classes que advogam interesses divergentes, em que umas se sobrepõem e exploram as outras.

Sob o enfoque da teoria da reação social, a definição do que seria uma conduta desviada passa por duas etapas. A criminalização primária é feita pelo poder legislativo ao definir a ação ou omissão como crime e a criminalização secundária é exercida pelo sistema penal (polícia, ministério público e judiciário). Em ambas as etapas de criminalização, a classe privilegiada, aquela que ocupa ou que está próxima do poder é quem seleciona o crime e o criminoso.

Como exemplo do poder exercido na primeira etapa pode-se citar o tratamento diferenciado dispensado ao crime de furto e ao crime de sonegação fiscal. Ambos violam o patrimônio, porém o crime de sonegação admite a extinção da punibilidade caso o sonegador efetue o pagamento antes do recebimento da denúncia, o que não ocorre com o furto, mesmo que o objeto do ilícito seja devolvido. Por óbvio, os sonegadores têm um perfil diferente dos salteadores, se comparada às classes sociais que ordinariamente ocupam.

Na segunda etapa da criminalização, devido à abrangência das figuras típicas criadas, a polícia escolhe aqueles que irão responder pelos desvios. Essa escolha, normalmente, recai sobre os indivíduos estereotipados, ou seja, selecionados pelo sistema para responderem por esses desvios. Basta perceber que o trabalho ostensivo da polícia, no caso do tráfico de drogas se concentra nos bairros pobres, becos e favelas onde pressupõe que o crime se desenvolve.

²MELLO, I. *Teoria do Labeling Approach – Paradigma da Reação ou Controle Social*. Em: <<http://desigualdadedireitos.blogspot.com.br/2009/11/teoria-do-labelling-aproach-na.html>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2016.

Assim, as ações são direcionadas para punir apenas os desvios de uma classe estereotipada, marginalizada pelos problemas sociais que enfrenta e acaba por definir duas categorias econômicas na exploração do comércio ilícito de drogas. A primeira, composta pelos pequenos “comerciantes” que é integrada pelos chamados “aviãozinhos”, “mulas”, “esticas”, cuja atividade se esgota no mero propósito de subsistência e, por vezes para a manutenção do vício. A segunda composta pelos “grandes comerciantes”, aqueles que acumulam a fortuna desse mercado ilícito.

O sistema penal acaba interferindo no mercado “negro” e fomenta o crescimento da renda do proibido, protegendo aqueles que realmente lucram e que conseguem converter o negócio ilícito em lícito, através da lavagem de dinheiro, em empresas de fachadas e em instituições financeiras, e exclui do mercado o “comerciante” mais vulnerável, em virtude de sua fragilidade (ZACCONE, 2011, p. 25). Se não é isso que ocorre, porque o perfil dos presos por tráfico de drogas é de pessoas pobres, que moram na periferia das cidades, com baixo nível de escolaridade e normalmente desempregados? Se o tráfico é realmente uma atividade lucrativa, porque raramente encontramos traficantes ricos presos? A pequena quantidade de pessoas com maior poder econômico presas por tráfico não está relacionada à ausência de atividade ilícita praticada por elas, mas sim porque o sistema penal não os seleciona para responder pelo ilícito.

4.2.3 Os efeitos da atual política criminal no sistema penal

Os reflexos do modelo proibicionista adotado para o enfrentamento das drogas, influenciado pelas diretrizes do mercado, nos revela que a criminalização de determinadas condutas e a seletividade dos que serão punidos pelos respectivos desvios, têm contribuído para marginalizar grupos sociais. Ao mesmo tempo, a guerra civil estabelecida no combate e a repressão acabam protegendo os verdadeiros beneficiários do mercado das drogas, aqueles que, por acumularem fortunas e lhe outorgar aparência lícita, se aproximam do poder e conseguem influenciar na definição das condutas que deverão ser reprovadas, além de se neutralizar da ação estatal, ainda que venha a praticar, criando-se, assim, um círculo vicioso.

Porém, o endurecimento da legislação, eleita como a melhor forma de solucionar o problema, não tem mostrado resultados práticos. Além de não diminuir o tráfico, o que por si só já é suficiente para delatar o fracasso da iniciativa, o aumento da pena elevou consideravelmente a população carcerária do Brasil. Desse modo, não bastasse o aumento da

marginalização, o aumento de presos comprometeu ainda mais o orçamento público, que hoje reserva mais verbas para o sistema penitenciário que para a educação.

De acordo com a matéria veiculada no *site* do Senado Federal intitulada “População Carcerária”, desde a entrada em vigor da nova legislação sobre as drogas, em 2006, a população carcerária subiu 37%, segundo pesquisa da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). No que concerne ao encarceramento feminino apurou-se que 65% das mulheres que passaram nos últimos cinco anos, a fazer parte da população carcerária brasileira foram acusadas de tráfico de drogas.

A mesma matéria aponta que nos EUA, entre 1971 e 1998 o percentual da população carcerária subiu de menos de 0,2% para 0,8% em 2008. Esse aumento refletiu nos gastos públicos. Na Califórnia, por exemplo, em 1980 gastava-se 10% do seu orçamento com a educação superior e 3% com o sistema prisional. Essa relação se inverteu em 2010, quando 11% foram para as prisões e 7,5%, para a educação superior³.

Sobre os efeitos da política criminal de repressão no combate às drogas é importante destacar o brilhante voto do Ministro do STF, Luís Roberto Barroso⁴, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659, submetido ao regime de repercussão geral, onde se enfrenta o questionamento do porte da maconha para consumo próprio, notadamente as bases filosóficas e pragmáticas sobre as quais o eminente Ministro baseou o seu voto:

[...] III Algumas premissas fáticas e filosóficas

1. **O consumo de drogas ilícitas, sobretudo daquelas consideradas pesadas, é uma coisa ruim.** Por isso, o papel do Estado e da sociedade deve ser o de: a) desincentivar o consumo; b) tratar os dependentes; e c) combater o tráfico. Portanto, nada do que se dirá aqui – e creio que isso vale para todos os Ministros, independentemente de sua posição – deve ser interpretado como autorização ou incentivo ao consumo de drogas. Justamente ao contrário, o que está em discussão aqui é determinar que medidas são mais eficazes e constitucionalmente adequadas para realizar os três objetivos enunciados acima. Em última análise, o que estamos decidindo é se são medidas de natureza penal ou se devem ser medidas de outra ordem.
2. **A guerra às drogas fracassou.** Desde o início da década de 70, sob a liderança do Presidente Nixon, dos Estados Unidos, adotou-se uma política de dura repressão à cadeia de produção, distribuição e fornecimento de drogas ilícitas, assim como ao consumo. Tal visão encontra-se materializada em três convenções da ONU. A verdade, porém, a triste verdade, é que passados mais de 40 anos, a realidade com a qual convivemos é a do consumo crescente, do não tratamento adequado dos dependentes como consequência da criminalização e do aumento exponencial do poder do tráfico. E o custo político, social e econômico dessa opção tem sido altíssimo.
3. **É preciso olhar o problema das drogas sob uma perspectiva brasileira.** Olhar o problema das drogas sob a ótica do primeiro mundo é viver a vida dos

³Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/crack-chama-a-atencao-para-dependencia-quimica/populacao-carceraria.aspx> Acesso: 21 de março de 2016.

⁴ STF, RE nº 635.659, Rel. Luis Roberto Barroso.

outros. Lá, o grande problema é o usuário. Entre nós, este não é o único problema e nem sequer é o mais grave. Entre nós, o maior problema é o poder do tráfico, um poder que advém da ilegalidade da droga. E este poder se exerce oprimindo as comunidades mais pobres, ditando a lei e cooptando a juventude. O tráfico desempenha uma concorrência desleal com qualquer atividade lícita, pelas somas que manipula e os pagamentos que oferece. A consequência é uma tragédia moral brasileira: a de impedir as famílias pobres de criarem os seus filhos em um ambiente de honestidade.

Esta a primeira prioridade: neutralizar, a médio prazo, o poder do tráfico. Para isso, só há uma solução: acabar com a ilegalidade das drogas e regular a produção e a distribuição. Esta ideia foi veiculada em um corajoso artigo de Helio Schwartsman, publicado na *Folha de São Paulo* de 19.08.2015. É importante o registro, mas não é isto o que está em discussão. O grande problema do direito é que não podemos fazer experimentação em laboratórios para saber se algo funciona ou não funciona. Por isso, temos que atuar aos poucos, passo a passo, testando soluções.

A segunda prioridade entre nós deve ser impedir que as cadeias fiquem entupidas de jovens pobres e primários, pequenos traficantes, que entram com baixa periculosidade e na prisão começam a cursar a escola do crime, unindo-se a quadrilhas e facções. Há um genocídio brasileiro de jovens pobres e negros, imersos na violência desse sistema.

Por fim, como terceira prioridade, vem o consumidor. O consumidor não deve ser tratado como um criminoso, mas como alguém que se sujeita deliberadamente a um comportamento de risco. Risco da sua escolha e do qual se torna a principal vítima. Mas o risco por si só não é fundamento para a criminalização, ou teríamos que banir diversas atividades, do alpinismo ao mergulho submarino.

IV. Razões pragmáticas para a descriminalização

1. **Primeira razão: Fracasso da política atual.** Em lugar de reduzir a produção, o comércio e o consumo, a política mundial de criminalização e repressão produziu um poderoso mercado negro e permitiu o surgimento ou o fortalecimento do crime organizado. Paralelamente a isso, floresceu a criminalidade associada ao tráfico, que inclui, sobretudo, o tráfico de armas utilizadas nas disputas por territórios e nos confrontos com a polícia.

- Em contraste com o aumento do consumo de drogas, inclusive a maconha, o consumo de tabaco caiu drasticamente. Segundo dados trazidos pelo IBCCRIM, em 1984, 35% dos adultos consumiam cigarros. Em 2013, esse número caiu para 15%. Informação e advertência produzem, a médio prazo, resultados melhores do que a criminalização.

2. **Segunda razão: Alto custo para a sociedade.** O modelo criminalizador e repressor produz um alto custo para a sociedade e para o Estado, resultando em aumento da população carcerária, da violência e da discriminação. Da promulgação da lei de drogas, em 2006, até hoje, houve um aumento do encarceramento por infrações relacionadas às drogas de 9% para 27%. Aproximadamente, 63% das mulheres que se encontram encarceradas o foram por delitos relacionados às drogas. Vale dizer: atualmente, 1 em cada 2 mulheres e 1 em cada 4 homens presos no país estão atrás das grades por tráfico de drogas.

- Cada vaga no sistema penitenciário custa, de acordo com o Depen, R\$ 43.835,20. O custo mensal de cada detento é de cerca de R\$ 2.000. Além do custo elevado, há outro fenômeno associado ao encarceramento: jovens primários são presos juntamente com bandidos ferozes e se tornam, em pouco tempo, em criminosos mais perigosos. Ao voltarem para a rua, são mais ameaçadores para a sociedade, sendo que o índice de reincidência é acima de 70%. Por fim, há um outro problema: como não há critério objetivo para distinguir consumo de tráfico, no mundo real, a consequência prática mais comum, como noticiam, dentre muitos, Pedro Abramovay e Ilona Szabó, é que “ricos com pequenas quantidades são usuários, pobres são traficantes”.

- Por essa razão, é imperativo que se estabeleçam critérios para distinguir consumo de tráfico.

3. **Terceira razão: a criminalização afeta a proteção da saúde pública.** O sistema atual de Guerra às Drogas faz com que as preocupações com a saúde pública – que

são o principal objetivo do controle de drogas – assumam uma posição secundária em relação às políticas de segurança pública e à aplicação da lei penal. A política de repressão penal exige recursos cada vez mais abundantes, drenando investimentos em políticas de prevenção, educação e tratamento de saúde. E o pior: a criminalização de condutas relacionadas ao consumo promove a exclusão e a marginalização dos usuários, dificultando o acesso a tratamentos. Como assinalou o antropólogo Rubem César Fernandes, diretor do Viva Rio: “O fato de o consumo de drogas ser criminalizado aproxima a população jovem do mundo do crime”.

- Portanto, ao contrário do que muitos crêem, a criminalização não protege, mas antes compromete a saúde pública.

Ainda, o voto do ministro Lewandowski apresenta dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (IFOPEN) do Ministério da Justiça que demonstram que, das 622.202 pessoas em situação de privação de liberdade (homens e mulheres), 28% (174.216 presos) estão presas por força de condenações decorrentes da aplicação da Lei de Drogas. “Esse porcentual, se analisado sob a perspectiva do recorte de gênero, revela uma realidade ainda mais brutal: 68% das mulheres em situação de privação de liberdade estão envolvidas com os tipos penais de tráfico de entorpecentes ou associação para o tráfico”, afirmou o ministro, ressaltando que, atualmente, o Brasil possui a quinta maior população carcerária do mundo, levando em conta o número de mulheres presas (BARROSO, 2015).

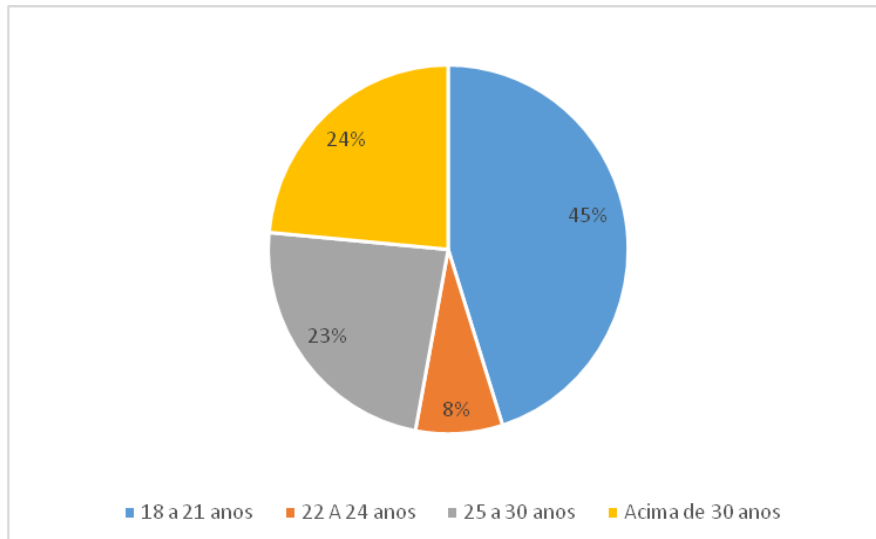
Para aclarar a gravidade, frisa-se que no final de 2014 segundo informações extraídas do Conselho Nacional de Justiça - CNJ havia mais de 622 mil presos. Na ocasião, o Brasil já se encontrava na quarta posição entre os países que mais aprisionam, perdendo apenas para os EUA (cerca de 2,2 milhões), a China (1,6 milhões) e a Rússia (644 mil). No Brasil se encarcera mais que na Índia (com 385 mil presos), país que conta com mais de um (1) bilhão de habitantes (CNJ, 2015). Da população carcerária brasileira, 28% dos detentos respondiam ou foram condenados por crime de tráfico de drogas, porcentagem maior que nos crimes de furto, roubo e homicídio. A situação é mais preocupante quando se verifica que o número de encarcerados no Brasil aumenta em 7% ao ano, sendo que entre os anos de 2004 e 2014 aumentou em 67% (CNJ, 2015).

Tais números justificam a falência do sistema prisional e os tristes episódios vivenciados no início de 2017 é a prova disso. As chacinas nos presídios em Manaus e em Roraima, que vitimaram 97 reeducandos (64 em Manaus e 33 em Roraima) é a prova da falência do sistema prisional, que está fortemente influenciado, quando não controlado por facções criminosas que expandem seus tentáculos em todo o Brasil e no exterior.

Os reflexos da política adotada para combater as drogas podem ser observados a partir do levantamento de dados de processos onde sobreveio condenação por tráfico de drogas, em

primeiro grau, entre os anos de 2012 e 2015 na comarca de Paraíso do Tocantins-TO. No que se refere à idade dos apenados, a pesquisa revelou o que segue:

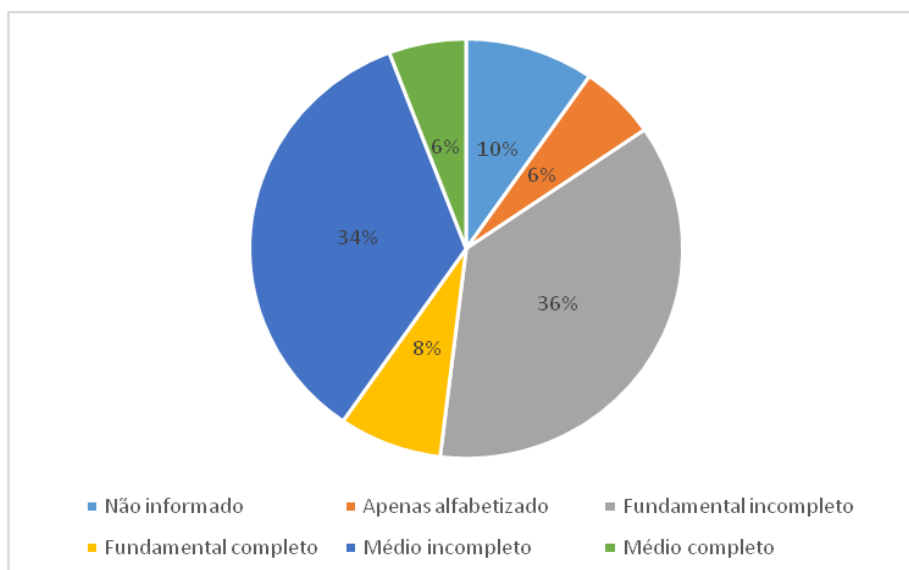
Gráfico 1: Idade dos réus apenados por Tráfico de Drogas (2012-2015)



Fonte: Elaboração própria. Com base nos dados extraídos do Sistema E-PROC do Tribunal de Justiça do estado do Tocantins.

Pelo levantamento percebe-se que os apenados são em grande maioria composta por jovens, já que 45% possuem entre 18 e 21 anos; 8% entre 22 e 24 anos e 23% entre 25 e 30 anos. Apenas 24% possuem acima de 30 anos. Por sua vez, no que tange à escolaridade, se obteve os seguintes resultados abaixo:

Gráfico 2: Escolaridade dos réus apenados por Tráfico de Drogas (2012-2015)

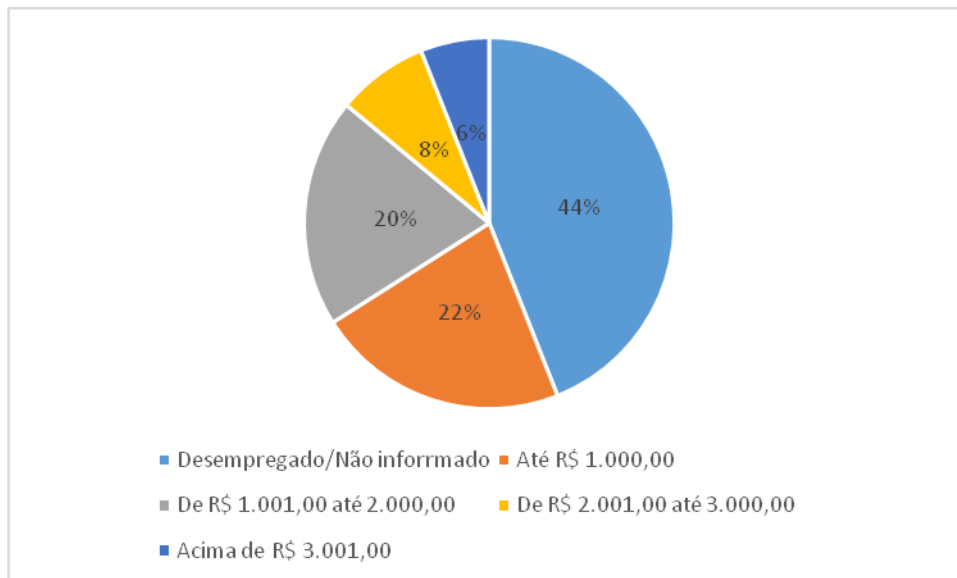


Fonte: Elaboração própria. Com base nos dados extraídos do Sistema E-PROC do Tribunal de Justiça do estado do Tocantins.

A pesquisa revelou que os apenados, em regra, são pessoas analfabetas ou com baixo nível de escolaridade. 10% não informaram a escolaridade; 6% declararam ser apenas alfabetizados; 36% declararam ter nível fundamental incompleto; 8% declararam ter ensino fundamental completo; 34% declararam ter ensino médio incompleto e 6% declararam ter ensino médio completo. Nenhum possui nível superior.

No que se refere à renda mensal, obteve-se a seguinte resposta:

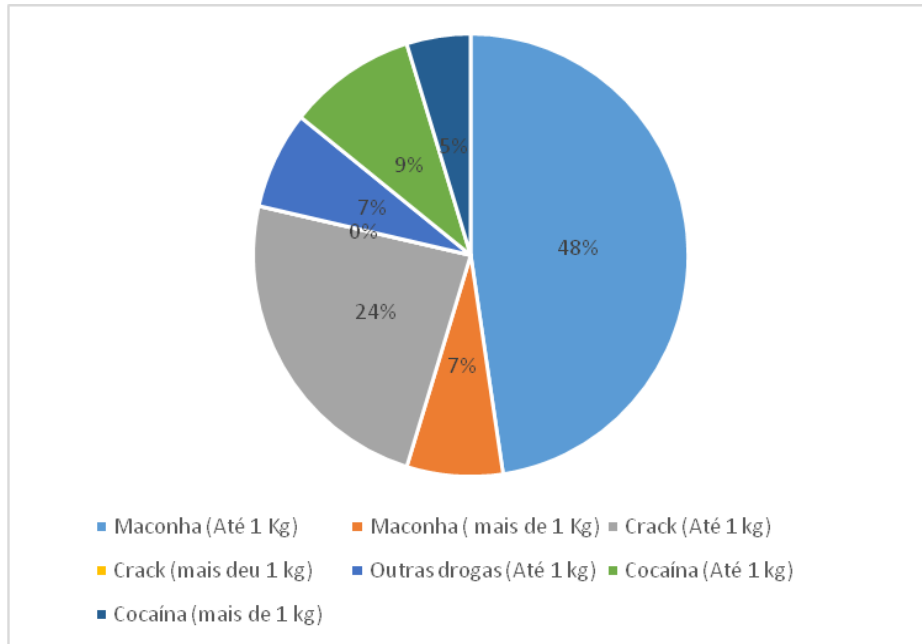
Gráfico 3: Renda Mensal dos réus apenados por Tráfico de Drogas (2012-2015)



Fonte: Elaboração própria. Com base nos dados extraídos do Sistema E-PROC do Tribunal de Justiça do estado do Tocantins.

Assim percebe-se que entre os apenados a renda também é baixa. 44% não informaram a renda ou declararam estar desempregados; 22% declararam ganhar até R\$ 1.000,00; 20% afirmaram ganhar de R\$ 1.001,00 até 2000,00; 8% declararam ganhar entre R\$ 2.001,00 e R\$ 3.000,00 e 6% declararam ganhar acima de R\$ 3.001,00.

No que diz respeito à quantidade de droga apreendida com os apenados, observou-se que a maior parte está relacionada à maconha, ao crack e à cocaína, nas seguintes proporções:

Gráfico 4: Quantidade de droga apreendida (2012-2015)

Fonte: Elaboração própria. Com base nos dados extraídos do Sistema E-PROC do Tribunal de Justiça do estado do Tocantins.

48% dos apenados foram identificados com menos de 1 kg de maconha e 7%, com mais de 1 kg. Assim, com relação às drogas apreendidas, 55% se refere à maconha. De outro lado, 24% foram identificados com menos de 1 kg de crack 0% com mais de 1 kg de crack; 9% foram identificados com até 1 kg de cocaína e 5% com mais de 1 kg de cocaína. Por fim, 7% dos condenados estavam traficando outras drogas.

Portanto, a pesquisa revela que o perfil dos apenados por tráfico de drogas é de jovens que possui pouco estudo e baixa renda mensal, e que são presos com pouca quantidade de drogas, na maioria maconha.

Assim, o atual sistema contribui com a marginalização dos jovens que pertencem às franjas mais pauperizadas da classe trabalhadora, na medida em que, de acordo com a teoria da reação social, o sistema penal acaba por selecionar as condutas proibidas e as pessoas que irão responder pelos respectivos desvios, fazendo com que a ação estatal de combate e repressão se volte apenas para um grupo ou camada social estereotipada, normalmente formada por pobres, com baixo nível de instrução, que acabam sendo afastados do mercado de trabalho formal e absorvida pelo mercado ilícito das drogas.

Paralelamente esses “traficantes” (pequenos mercadores) superlotam os presídios, contribuem com a falência do sistema prisional e “justificam” os milhões gastos com as

políticas voltadas à repressão do mercado ilícito das drogas, já que boa parcela de outros crimes também é atribuída ao tráfico. Ademais, frisa-se que os gastos com os presos é surreal.

Para ter uma ideia, no estado do Tocantins, segundo dados fornecidos pela Secretaria de Cidadania e Justiça (anteriormente denominada como Secretaria de Defesa Social), responsável pela administração do sistema penitenciário estadual, um preso custa mensalmente aos cofres estaduais o valor de R\$ 4.100,00, sem contabilizar os gastos com sistema de Justiça, Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, ao passo que os gastos com um aluno gira em torno de R\$ 352,50 mensais. Pelos números é fácil concluir que um preso custa aos cofres públicos cerca de onze vezes mais que um aluno da educação básica. Essa absurda inversão de valores investidos é o reflexo da atual e fracassada política de encarceramento e demonstra um desequilíbrio das políticas públicas, já que a falta de aportes financeiros para a educação, em longo prazo, contribui diretamente com o acréscimo da criminalidade e com o incremento da massa carcerária.

Trata-se, indubitavelmente, de um círculo vicioso, o que nos leva a sustentar que o atual modelo para o combate às drogas fracassou. O consumo aumentou, o tráfico se especializou e ganhou mais poder em razão dos altos lucros obtidos. Hoje o governo investe mais em repressão e combate do que em educação e as cadeias estão lotadas de pequenos traficantes, que uma vez condenados recebem o etiquetamento do sistema e se colocam à margem da sociedade, restringindo-lhes as oportunidades, que já eram poucas, de sobreviverem a partir do trabalho digno.

Por outro lado, fomentou uma verdadeira guerra social a qual se atribui mais óbitos do que os registrados em virtude do consumo e da circulação de entorpecentes. Nesse aspecto, se o direito penal foi eleito como instrumento de combate e repressão ao tráfico, percebe-se que ele não tem atingido o seu fim, no caso proteger a saúde pública.

Essa ineficiência, embora não autorize desqualificar o Direito Penal como instrumento de controle social deve pelo menos admitir o seguinte questionamento: se ele estaria sendo utilizado dentro dos contornos constitucionais aos quais ele pede obediência, ou seja, como a *ultima ratio*?

5 O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA *VERSUS* A POLÍTICA DE DROGAS

Estado democrático de Direito é aquele que se dedica às garantias das liberdades individuais e dos direitos humanos, por meio de uma política de proteção jurídica. Em um Estado de direito, o próprio Estado e as autoridades políticas se submetem às regras do ordenamento jurídico vigente.

Dentro dessa estrutura, o Direito Penal ocupa papel de destaque e se apresenta como viga de sustentação, na medida em que tem a função de limitar o poder punitivo estatal, bem como, assegurar que o próprio Estado se oriente pelos preceitos constitucionais que asseguram os direitos e garantias fundamentais, com o propósito de evitar o retrocesso ao absoluto.

Contraponto do Estado de Direito é o Estado de Polícia que prioriza os interesses do Estado, sem se comprometer em assegurar as garantias e liberdades individuais dos cidadãos.

Assim, na perspectiva do Estado de Direito, quando há um tencionado pelo Estado de Polícia, que se caracteriza pelos excessos punitivos, o Direito Penal age de forma a limitar esse poder de punição, com o propósito de salvaguardar as garantias e liberdades individuais e manter incólume à própria estrutura do Estado de Direito. Sobre o assunto, Zaffaroni (2007, p. 173) assevera:

O direito penal de um Estado de direito, por conseguinte, não pode deixar de esforçar-se em manter e aperfeiçoar as garantias dos cidadãos como limites redutores das pulsões do Estado de polícia, sob pena de perder sua essência e seu conteúdo. Agindo de outro modo, passaria a liberar poder punitivo irresponsavelmente e contribuiria para aniquilar o Estado de direito, isto é, se erigiria em ramificação cancerosa do Estado de direito.

Esses contornos também estão presentes na estrutura interna do Estado de Direito, através do exercício do poder punitivo estatal que, via de regra, tem o objetivo de suprimir os direitos fundamentais, entre os quais a liberdade. Portanto, o Direito Penal deve ser entendido como *ultima ratio*, isto é, deve ser o último recurso que o legislador deve se valer para assegurar a obediência ao padrão de comportamento socialmente aceito, haja vista as consequências de uma condenação criminal. Se utilizado de forma arbitrária, fora das diretrizes constitucionais que justificam a sua intervenção, pode se tornar uma perigosa arma violadora dos direitos humanos.

Ao longo dos anos, a política de regulação/proibição de algumas drogas, a pretexto de proteger o bem jurídico (saúde pública) tem gerado uma verdadeira guerra civil, com números assustadores de óbitos, cujas mortes estão relacionadas ao confronto direto entre policiais e traficantes, à disputa por territórios entre traficantes, à custa da manutenção do alto índice de adimplência do negócio ilícito que, ante sua clandestinidade, é assegurado por meio da violência, e ainda os decorrentes de latrocínios promovidos por usuários para sustentar o vício.

Enquanto isso, o próprio sistema penal, por criminalizar apenas os concorrentes menores, acaba por proteger os verdadeiros beneficiários do mercado das drogas, ou seja, aqueles que movimentam esse mercado bilionário, que conseguem converter os lucros ilícitos em negócios lícitos e que, em razão do poder financeiro que ostentam, exercem forte influência na definição das condutas proibidas e das pessoas que irão responder por elas. Por integrar ou se aproximarem da cúpula do poder, ditam as regras sociais, e, por óbvio, advogam a favor dos seus interesses para que tais regras jamais lhes prejudiquem.

Percebe-se desse modo, que a criminalização das drogas, da maneira como se apresenta na Lei 11.343/2006, efetivamente não protege o bem jurídico – saúde pública - e está longe de conter a guerra civil declarada contra o tráfico porque está efetivamente voltada para punir apenas o pequeno traficante.

Assim, verifica-se que o problema social gerado é maior que os decorrentes da dependência advindas do consumo das drogas ilícitas e o sistema penal definitivamente não tem se mostrado eficiente para solucioná-lo. Ao selecionar aqueles que responderão pelas condutas proibidas o sistema acaba por estigmatizar classes sociais, que ao invés de cadeia, necessitam de investimento em saúde e educação capaz de lhes oportunizar a sobrevivência por meios lícitos.

Nesse passo, no que concerne ao tratamento das drogas, em muitas oportunidades, o Direito Penal ofende o princípio constitucional da igualdade, na medida em que confere tratamento idêntico aos “pequenos” e aos “grandes” traficantes. Da mesma forma, por vezes, agride o princípio da dignidade da pessoa humana quando, ao estigmatizar uma classe social e não lhe oferecer condições mínimas favorece a sua inclusão no sistema penal e contribui com a marginalização social, com consequências irreversíveis.

Por fim, o Direito penal tem violado o princípio constitucional da intervenção mínima, na medida em que está sendo utilizado como forma de resolução de conflito social, antes mesmo, de esgotados outros meios de pacificação. Assim o fazendo, não atende os postulados

do Estado Democrático de Direito, pois não atua como objeto limitador do poder punitivo estatal capaz de proteger o cidadão contra os arbítrios do poder de polícia do Estado.

Mas, se o sistema penal serve como instrumento das classes dominantes para manter sua hegemonia, então qual seria a solução? Parece muito simples a ideia de abolir o sistema penal, como sustentam as correntes abolicionistas (abolicionismos socialista e ecológico), já que essa solução implicaria em uma radical modificação da própria estrutura de poder construída ao longo da história. Também não existe um modelo pronto que pudesse ser sugerido para substituição do sistema penal. Dessa forma, segundo Zaffaroni e Pierangeli (2001, p. 77), o que não nos parece bom poderia piorar:

A proposta socialista radical conduziria a política criminal a um abolicionismo total, pois nada seria possível fazer-se até que se operasse uma mudança total na estrutura do poder. A proposta ecológica importaria no risco de, uma vez suprimido o sistema penal, o lugar deste vir a ser ocupado por formas de controle social ainda mais repressivas e irracionais (controle psiquiátrico, administrativo, etc.). Essas propostas máximas radicais absolutas possuem, pois, o risco de que fala o velho adágio: “O melhor pode ser inimigo do bom”. Nesse caso, o adágio pode ser ajustado para a seguinte expressão: “O bom pode se tornar pior do que o mau”.

Nessa perspectiva, considerando que as sociedades são marcadas pela luta das classes dominantes em manter sua hegemonia, e que o sistema penal acaba sendo utilizado para viabilizar a marginalização das classes dominadas, Zaffaroni e Pierangeli (2001, p. 78) propõem a elaboração de uma política criminal alternativa capaz de racionalizar e limitar o poder punitivo, ao que denomina *princípio da intervenção mínima*:

Ante a constatação de que em uma sociedade existe o fenômeno dual “hegemonia-marginalização”, e que o sistema penal tende, geralmente, a torná-lo mais agudo, impõe-se buscar uma *aplicação das soluções punitivas da maneira mais limitada possível*. Igualmente, a constatação de que a solução punitiva sempre importa num grau considerável de violência, ou seja, de irracionalidade, além da limitação de seu uso, impõe-se, *na hipótese em que se deva lançar mão dela, a redução, ao mínimo, dos níveis de sua irracionalidade*.

Esta linha de *limitação da intervenção punitiva e redução da irracionalidade (ou violência) da mesma*, é o que se denomina *princípio da intervenção mínima*.

Pelo princípio da intervenção mínima o Direito Penal deve se ocupar da proteção dos bens mais relevantes para a sociedade, cuja proteção se mostra insuficiente pelos demais ramos do direito. Daí porque também chamado de *ultima ratio*.

Além disso, o princípio da intervenção mínima deve orientar o legislador no papel de descriminalizar condutas outrora reconhecidas como graves, mas que perdeu a gravidade em função das mudanças de paradigmas da sociedade ou em razão da demonstração de que a

referida conduta pode ser tutelada por outro ramo da ciência jurídica. É o que nos ensina Greco (2015, p. 99):

As vertentes do princípio da intervenção mínima são, portanto, como que duas faces de uma mesma moeda. De um lado, orientando o legislador na seleção dos bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade; de outro, também servindo de norte ao legislador para retirar a proteção do Direito Penal sobre aqueles bens, que no passado gozavam de especial importância, mas que hoje, com a evolução da sociedade, já podem ser satisfatoriamente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico.

Assim, o princípio da intervenção mínima está a serviço do Estado Democrático de Direito à medida que visa limitar o poder punitivo estatal e garantir a mínima interferência do Direito Penal nas relações sociais e a sua moderada aplicação quando o sistema punitivo se mostra necessário ao controle dos desvios.

No caso do tráfico de drogas, todas as condutas incriminadoras previstas em lei, se apoiam na ideia de proteção à saúde pública, a despeito de poucos juristas definirem o que seria saúde pública apta a legitimar a proteção penal, em virtude da abstração de sua definição.

Apesar disso, o histórico das políticas de regulação das drogas, revela que o fator de orientação da legalização ou proibição de determinadas substâncias sofre mais influência da economia do que propriamente do interesse em proteger a saúde pública, tanto que nem todas as substâncias prejudiciais foram proibidas. Nesse aspecto o direito penal estaria cumprindo o papel de proteção do bem jurídico?

Quando se analisa os dados do Relatório Mundial sobre Drogas 2014, elaborado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), verifica-se que cerca de 243 milhões de pessoas, ou 5% da população global entre 15 e 64 anos de idade, usaram drogas ilícitas em 2012, sendo que desses usuários, 27 milhões foram classificados como “problemáticos”, o que representa cerca de 0,6% da população adulta mundial⁵. Percebe-se que as drogas, em termos de saúde, embora seja um problema, não revela números alarmantes capazes de requisitar, em princípio, a proteção do Direito Penal para coibir o consumo.

Os dados levantados em países que adotaram uma política mais flexível quanto ao consumo de drogas, também chama a atenção. Segundo matéria divulgada no portal da Revista Fórum, em 03 de junho de 2014, de acordo com a informação do secretário nacional de drogas do Uruguai, que participou do debate na Comissão de Direitos Humanos e

⁵Disponível em: <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2014/06/26-world-drug-report-2014.html>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2016.

Legislação Participativa (CDH) do Senado Federal, a respeito de regulamentação da maconha para uso recreativo, medicinal e industrial afirmou que após regulação da maconha no Uruguai, as mortes por tráfico chegaram a zero⁶

Não se olvida que a legalização da maconha no Uruguai aconteceu recentemente e a população do país vizinho gira em torno de três milhões de habitantes, o que nos distancia da comparação. Apesar disso, é um dado que não pode ser desconsiderado, na medida em que pode servir como base para análise e discussão de novas políticas que possam flexibilizar o uso, principalmente da maconha.

Aliás, outros dados servem como referência para questionar o uso do Direito Penal como forma de combater o tráfico. Entre os vários argumentos utilizados pelo Ministro do STF, Luis Roberto Barroso, relator do RE nº 635.659, em regime de repercussão geral, que enfrenta a descriminalização do porte de maconha para consumo próprio, o nobre jurista trouxe o resultado de uma pesquisa divulgada pelo IBCCRIM a qual aponta que em 1984, 35% dos adultos consumiam cigarros e esse número foi reduzido para 15% em 2013, apenas com informações e advertências sobre os efeitos nocivos do tabaco. Esse levantamento sugere que em longo prazo a educação e a conscientização das pessoas são capazes de gerar resultados mais satisfatórios do que a criminalização de determinadas condutas⁷.

Nesse contexto, considerando a tensão existente entre a luta da classe dominante em manter a sua hegemonia, que se vale do Direito Penal para marginalizar, parece mais convincente a ideia de racionalizar essa utilização de modo a coibir os seus excessos, fazendo com que seu uso esteja pautado no princípio da intervenção mínima, que deve servir como moldura do Direito Penal. Se utilizado de forma irracional, fora da moldura estabelecida pelo princípio da intervenção mínima, o Direito Penal deixa de ser instrumento limitador do poder punitivo estatal, como se espera em um Estado Democrático de Direito, já que acaba embasando punições desnecessárias e se transforma em instrumento de violação dos direitos humanos.

Se o Direito Penal não tem se prestado a atingir o seu desiderato constitucional, devemos nos empenhar para que ele se consolide como instrumento de garantia dos direitos humanos, para que possamos caminhar na direção do ideal de construção de uma sociedade justa e solidária, sob pena de sucumbir ao absolutismo que, ocultamente, nos assombra.

⁶ GOMES, Vinicius. *Uruguai: após regulação da maconha, mortes por tráfico chegam a zero*. Em: <<http://www.revistaforum.com.br/blog/2014/06/uruguai-apos-regulacao-da-maconha-mortes-por-trafico-chegam-zero/>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2016.

⁷ STF, RE nº 635.659, Rel. Luis Roberto Barroso.

6 DESCRIMINALIZAÇÃO E REDUÇÃO DE DANOS: ALTERNATIVAS PARA O ENFRENTAMENTO ÀS DROGAS

6.1 O DEBATE DA DOCTRINA ACERCA DA LEGALIZAÇÃO

O tema abordado tem sido objeto de várias discussões. Se de um lado, alguns pregam que a solução para o problema estaria na descriminalização, outros sustentam que esse caminho levaria ao total descontrole e não contribuiria para estancar as dificuldades enfrentadas em virtude do contato humano com as drogas.

Assim, a necessidade de estudar uma alteração na abordagem jurídica do tratamento às drogas constitui-se questão de extrema urgência para o sistema penal. A quantidade de presos absorvidos pelo sistema penal, em virtude de condenações por tráfico e o perfil ordinários dessas pessoas (pobres, com baixo grau de instrução, desempregados), deixa transparecer que o modelo atual não consegue atingir o seu fim, qual seja o de pacificar a sociedade e de efetivamente proteger o bem jurídico a que se propõe (saúde pública).

Também se percebe que o sistema penal tem favorecido a marginalização desses grupos sociais com a criação de estereótipos de traficantes que acaba por camuflar os verdadeiros controladores do negócio ilícito. Além disso, tem servido para proteger o próprio negócio ilícito a partir do momento em que se percebe que as políticas de repressão são voltadas particularmente para o “pequeno comerciante”, que não consegue converter os lucros ilícitos em lícitos como fazem os maiores beneficiários, por meio da lavagem do dinheiro.

Por outro lado, o Direito Penal não pode ser empregado como objeto de pacificação social, quando tal ramo da ciência jurídica não se mostra como a última razão, sob pena da violação de garantias fundamentais e do princípio constitucional da intervenção mínima.

Identifica-se que a opção pelo comércio das drogas ilícitas por parte dos “pequenos comerciantes” está mais relacionada à falta de oportunidades no mercado de trabalho que propriamente com a intenção de descumprir a lei.

A maioria dos “pequenos comerciantes” são frutos da ausência de investimento em áreas básicas de saúde, educação, esporte e lazer, capazes de oportunizar a sobrevivência por meios dignos. Distantes do mercado formal de trabalho, essas pessoas são atraídas pelo mercado das drogas ilícitas e, sozinhos, pagam a conta pelos inúmeros crimes relacionados ao tráfico.

A quantidade de vidas perdidas que são atribuídas ao tráfico de drogas e o dispêndio financeiro com a política de repressão e combate revelam que o sistema penal não tem se mostrado eficiente para resolver o problema.

O encarceramento de pessoas com o perfil já levantado nesse estudo, como já fora dito, não resolve o problema e tem onerado os cofres públicos, além de carimbar a passagem do condenado para o mundo crime, já que praticamente aniquila qualquer chance de restabelecimento social, por meio do mercado de trabalho.

Assim, se o Direito Penal dentro do Estado Democrático de Direito visa limitar o poder punitivo estatal, a sua utilização fora dos princípios constitucionais que lhe estrutura, acaba por estabelecer punições desnecessárias, com nítida violação dos direitos humanos.

Portanto, mostra-se necessário um realinhamento do tratamento das drogas no âmbito do Poder legislativo, Executivo e Judiciário com o objetivo de: priorizar programas sociais de educação, conscientizar a população sobre os males do uso das drogas, recuperar os viciados em prejuízo da política de repressão e combate que, além de não resolver o problema, tem se revelado socialmente muito mais onerosa do que os efeitos deletérios do vício.

Martins (2012, p 105) afirma que, com o advento da Lei 11.343/2006, se verificou um inegável titubeio do legislador, o qual, talvez temendo a repercussão negativa ou os efeitos nefastos que uma mensagem legislativa no sentido de descriminalizar o uso de drogas provocaria perante a sociedade, não ousou a tal ponto, mas acabou, na prática, por inviabilizar a aplicação de qualquer sanção penal.

O mesmo autor (2012, p. 106) sustenta que existem duas posições antípodas no trato da questão do porte de drogas para consumo pessoal, sendo elas a proibicionista, a qual propõe a efetiva criminalização do tráfico e do consumo de drogas, promovendo uma verdadeira "guerra às drogas" e a posição abolicionista, que propõe a legalização total das drogas, tanto para venda quanto para o consumo. Os argumentos ordinariamente utilizados pelos defensores do abolicionismo e da liberalização das drogas são os seguintes:

Os abolicionistas - salientando que o uso de drogas é uma "constante antropológica", ou seja, prática antiga na história da humanidade, que não deve ser nem exorcizada nem mistificada - partem do princípio de que todo o indivíduo tem o direito de se autodeterminar, podendo fazer uso daquilo que entender melhor lhe convém, no âmbito da sua privacidade, que lhe é garantida constitucionalmente. Nesse diapasão, afirmam que a droga provoca danos apenas à saúde do usuário, não havendo qualquer lesão a outras pessoas ou à sociedade, de modo que o Estado não deve ser chamado a intervir, pois assim como a lei penal não pune o suicídio e a autolesão, não pode igualmente punir o porte de droga para uso pessoal. Já o dependente de drogas deve ser tratado pelo Estado como um doente que merece cuidados médicos e psicológicos, como hoje ocorre com os viciados em álcool e tabaco. A latere, sustentam que o mercado negro do tráfico propicia a formação de um vultoso

negócio clandestino, alimentado à custa de vidas humanas que são impelidas a um submundo de criminalidade. Por conseguinte, a simples legalização acabaria com todo o cortejo de malefícios que está no entorno desta clandestinidade, como, v.g., a violência dos traficantes e a adulteração criminosa das drogas, que provocam vasta perda de vidas humanas "inocentes" (MARTINS, 2012, p. 107).

Por sua vez os proibicionistas, segundo Martins (2012, p. 107) sustentam que:

À luz da criminologia, os defensores da manutenção da proibição legal, quer do tráfico, quer do consumo, tanto de drogas leves como de drogas pesadas, respondem que a abolição não diminui nem o tráfico nem o consumo, conforme demonstraram experiências postas em prática em alguns países europeus, que, por isso mesmo, regrediram em relação ao laxismo que haviam admitido. Nesses países, as experiências de liberalização teriam feito aumentar o tráfico, não conseguindo diminuir o consumo, pois restaram facilitadas a iniciação e a propagação da prática. E, mesmo quando se pretendeu a legalização apenas das drogas "leves", acabou-se também por favorecer o desenvolvimento da venda das drogas "duras", dando razão aos defensores da "teoria da escalada", para quem o uso das drogas "leves" leva necessariamente ao uso também das "pesadas". Para além disso, sustentam que os abolicionistas do tráfico e do consumo não resolveram nenhum dos graves problemas que andam associados às drogas, pois seus argumentos não impedem que a adulteração das drogas continue, tampouco apontam quem as venderia (os atuais "vendedores" ou seriam vendidas em "drogarias"), não sendo cabível a comparação com o tabaco e o álcool, cujos efeitos na saúde individual e pública não se assemelham aos das outras drogas ilícitas, que são muito toxicomanogênicas.

Bottini (2015, p. 54) defende que o tema referente ao consumo de drogas não deve dizer respeito sobre sua eficácia, utilidade ou oportunidade de repressão ao seu consumo, mas sim à legitimidade ou não do direito penal atuar neste campo. Desse modo, afirma que “ainda que existissem dados concretos e sólidos apontando a repressão criminal como um fator importante para a inibição do consumo de substâncias ilícitas, não estaria justificada de plano a intervenção punitiva do Estado” (BOTTINI, 2015, p. 54).

Para completar, o autor prega que o direito do Estado punir as questões referentes ao uso e tráfico de entorpecentes só seria legítimo, caso tivesse o condão de proteger a saúde pública de lesões e a saúde individual de perigo. Não sendo esta a finalidade, o direito penal estaria inadequado aos preceitos do Estado Democrático de Direito. Ainda, Bottini (2015, p. 54) é mais enfático ao sustentar que:

O consumo de drogas não gera dano algum à saúde pública. É inerente a esta atividade a utilização completa do produto, seu perecimento, a impossibilidade de difusão de terceiros. Constatada objetivamente, diante das circunstâncias fáticas, que o agente utilizará a substância para proporcionar prazer ou qualquer espécie de sentimento em si mesmo, fica excluída a lesão à saúde pública. Assim, não há criação de risco potencial transindividual, não há perigo ex ante, portanto, sob este aspecto, não é legítima a tipificação.

Nessa direção, apesar da saúde individual do usuário ser afetada ou ao menos colocada em perigo, não há legitimação para o exercício da punição, eis que a Constituição Federal do Brasil não autoriza sancionar a autolesão ou a autocolocação em risco, sob pena de violar a própria dignidade humana e a possibilidade de autodeterminação (BOTTINI, 2015). Neste contexto, conclui o autor que:

A punição do uso de drogas configura um tipo penal que não protege bem jurídico algum, pois a conduta é inadequada para causar lesão de terceiros além do próprio agente. A absolvição do agente consumidor de entorpecentes deve se fundamentar na ausência de lesividade a bem jurídico, pela falta de perigo, mesmo abstrato, para a comunidade. Trata-se de uma questão moral, de foro íntimo, afastada dos interesses do Estado repressor (BOTTINI, 2015, p. 54).

Neste diapasão, surgem novas teorias para aplicação dos institutos jurídicos de redução de danos, principalmente no que diz respeito ao grau de ofensa ao bem jurídico objeto de tutela, passando a valorar aspectos materiais (CARVALHO, 2014, p. 76). Desse modo, Carvalho (2014) compreende que elementos como juízo de significância de resultado e adequação social da conduta densificam a avaliação da tipicidade, abrindo espaços, inclusive, para que a ilicitude e a culpabilidade incorporem juízos de substâncias e criem causas supraleais de exclusão. Nestes termos sustenta:

A crítica realizada à função declarada do direito penal em tutelar bens jurídicos (crítica externa) não inviabiliza que, desde o interior do discurso dogmático, esta categoria seja utilizada como referencial para minimizar o impacto das agências de punitividade. A propósito, é exatamente este manuseio dos institutos jurídicos com intuito de redução dos danos da lógica proibicionista que deve orientar o pensamento garantista.(...) Se com Welzel ocorre a virada interpretativa no que diz respeito à reengenharia da teoria do tipo penal com a introdução da análise dos elementos subjetivos (dolo e culpa); com Roxin a estrutura da tipicidade supera a racionalidade formal e, sob o enfoque do grau de ofensa ao bem jurídico objeto de tutela, passa a valorar aspectos materiais. Com este contexto, continua o autor argumento que o delito deixou de ser analisado apenas pelo enfoque de infração da lei ditada pelo Estado, ocorrendo a ampliação das hipóteses de minimização dos efeitos da resposta penal pela sofisticação da dogmática. Desse modo, o autor sustenta que, quanto à tipicidade, o delito passa a ser entendido como desvalor da vida social, eis que constitui ofensa a um bem jurídico tutelado (CARVALHO, 2014, p. 76).

O autor, ainda, esclarece que se a função do direito penal passa a ser estritamente a proteção do bem jurídico tutelado, estar-se-ia excluída por atipicidade material todas as condutas que gerariam danos insignificantes aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal. Em outras palavras, Carvalho (2014) conclui que “resultariam atípicas, portanto, todas as condutas com baixo grau de lesividade, visto que é o bem jurídico que determina o grau de incidência do tipo”. Neste sentido, acrescenta:

Fundada nesta substancial alteração provocada pela incorporação da racionalidade material na teoria do delito, tendência doutrinária e jurisprudencial passou a considerar o porte (trazer consigo) de pequena quantidade de entorpecente como conduta atípica, em face da insignificância. A quantidade inexpressiva de substância entorpecente não teria a potencialidade de produzir dependência física e/ou psíquica (elementar formal) ou de ofender o bem jurídico saúde pública tutelado na Lei de Drogas (elementar material). Por fim, nos casos de porte de quantidade ínfima de droga, não haveria alternativa possível aos operadores do direito senão optarem pelo arquivamento do procedimento, sequer propondo transação penal ou suspensão condicional do processo (CARVALHO, 2014, p. 76).

Na mesma linha de entendimento, Gomes (2016) sustenta que quando se trata de posse ínfima de droga, o correto não é fazer incidir qualquer uma das sanções alternativas previstas no art. 28 da Lei nº 11.343/06, mas sim o princípio da insignificância, que é causa de exclusão da tipicidade material do fato.

Assim, de acordo com Carvalho (2014) para que haja a consumação da infração por portar drogas para consumo pessoal, há que se constatar a idoneidade ofensiva do próprio objeto material da conduta, e conclui que:

A consequência natural da aplicação do critério da insignificância (como critério de interpretação restritiva dos tipos penais – assim sustentava Welzel – ou mesmo como causa de exclusão da tipicidade material – STF, HC 84.412, rel. Min. Celso de Mello) consiste na exclusão da responsabilidade penal dos fatos ofensivos de pouca importância ou de ínfima lesividade. São fatos materialmente atípicos (afasta-se a tipicidade material, pouco importando se se trata da insignificância da conduta ou do resultado). Se tipicidade penal é (de acordo com a teoria constitucionalista do delito que adotamos) tipicidade objetiva ou formal mais tipicidade material ou normativa, não há dúvida que, por força do princípio da insignificância, o fato nímio ou de ínfimo significado é atípico, seja porque não há desaprovação da conduta (conduta insignificante), seja porque não há um resultado jurídico desvalioso (resultado ínfimo). No entanto, apesar da doutrina dominante se posicionar no sentido de ser aplicável o princípio da bagatela para os casos de posse de drogas de ínfima quantidade, os julgados da Turma Recursal Criminal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul vêm apresentando harmoniosa posição no sentido da tipicidade da conduta prevista no art. 28 da Lei n.º 11.343/06, independentemente da quantidade, sob o argumento de que o bem jurídico tutelado é a saúde pública e este é atingido com a simples conduta de possuir drogas para consumo próprio (CARVALHO, 2014, p. 76).

Há, no entanto que se considerar que, a despeito de várias decisões isoladas, o próprio STF não possui posição sedimentada sobre o assunto, o que aguça o debate, embora o eventual posicionamento do Supremo não seja capaz de eliminar a discussão, dada a complexidade do tema.

De toda forma, a política de repressão das drogas não tem impedido o aumento do consumo o que denuncia o seu fracasso nesse sentido. O que costuma impactar o consumo são políticas de prevenção, direcionadas a educar as pessoas e orientá-las sobre os reais efeitos da

substância entorpecente. As pessoas devem ser esclarecidas sobre todos os males que podem ser desencadeados a partir do uso das drogas para que adquiram a consciência necessária de se autofiscalizar. Além disso, devem ser realizadas políticas destinadas a reduzir os danos daqueles que já são viciados.

A descriminalização poderia, num primeiro momento, revelar o aumento formal do uso de substâncias entorpecentes já que muitos usuários que omitem essa situação poderiam revelar o vício sem ser taxado como criminoso.

No entanto, a legalização implicaria num controle maior por parte do governo na distribuição e consumo das drogas e principalmente na produção, impedindo a mistura de substâncias ainda mais tóxicas como acontece com a cocaína e na produção de crack, por exemplo,. Também facilitaria o acesso do viciado ao tratamento já que a ilicitude da conduta inibe a procura por tratamento, porquanto, os dependentes químicos são obrigados a tornarem público o vício.

Além disso, a legalização poderia gerar uma quebra do tabu e possibilitaria o desencadeamento de políticas preventivas voltada à educação sobre os malefícios das drogas, de forma a oferecer às pessoas todo o conhecimento necessário para que exercitem o livre arbítrio. É o que aconteceu, por exemplo, com o tabaco. Houve uma grande mobilização e educação sobre os malefícios do consumo de tabaco, e por consequência, uma grande queda no consumo.

A publicidade sobre o mal causado pelo tabaco e o controle das propagandas proibindo a vinculação do cigarro ao homem charmoso, elegante e viril, produziram resultados satisfatórios, com significativa redução do consumo. Conforme citado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, no voto proferido no RE nº 635.659, de acordo com dados do IBCCRIM, em 1984, 35% dos adultos consumiam cigarros e em 2013, esse número caiu para 15% o que indica que em longo prazo, as políticas de prevenção geram resultados satisfatórios.

Mesmo com as políticas de prevenções, o uso das substâncias entorpecentes será inevitável, já que tal prática remonta ao início da sociedade. Por essa razão, e não com menos importância, mostra-se necessário intensificar as políticas de redução de danos capazes de diminuir as consequências adversas à saúde e a toda sociedade, independentemente da diminuição do consumo. Assim, aqueles que, mesmo diante de todas as advertências, optassem pelo uso poderiam ter acesso aos meios de reduzir os danos provocados pelo vício (CORRÊA, 2014).

A descriminalização poderia também enfraquecer o tráfico, já que a ausência da ilicitude da atividade, conseqüentemente, diminuiria o custo operacional de fabricação, transporte e distribuição, retirando o poder econômico gerado pelo mercado negro que fomenta todo tipo de violência, envolvendo traficantes, Estado, polícia e usuários. Sem contar a infinidade de delitos paralelos ordinariamente cometidos pelos usuários para manter o vício, além de tráfico de armas e corrupção, fatos que apontam que o modelo é mais pernicioso para a sociedade do que o próprio uso.

Além disso, poderia desencorajar alguns jovens ao consumo, na medida em que muitos acabam usando movidos apenas pela necessidade de se autoafirmarem como independentes e de terem a sensação de que podem se opor às regras sociais, pela simples sensação de se autogovernar.

Segundo Cinco (2013) a aceitação do consumo seria uma resposta às “políticas esquizofrênicas”, que temos hoje, onde proibimos algumas substâncias entorpecentes e liberamos outras de forma completamente descriteriosa, permitindo até propagandas de algumas delas.

Alguns países têm criado estratégias de redução de danos ao consumo de drogas, especialmente na Europa, esses países têm obtido resultados favoráveis, embora não tão significativos como se esperava. O consumo nesses locais não aumentou, ao contrário do que se poderia pensar. Na Holanda, por exemplo, o consumo de maconha, que é legalizada, é semelhante ao de países vizinhos e inferior ao de países como Inglaterra, Itália (ambos estão mudando suas políticas), França e EUA, todos proibicionistas (SANTOS, 2012).

Mas, um dado positivo é que o número de mortes pelo consumo de várias drogas é menor, graças às políticas de redução de danos. É fato que a política proibicionista falhou e alternativas precisam ser buscadas. Quando o assunto é drogas não há verdades absolutas e acabadas, então é possível errar nas escolhas e redefini-las quando necessário. O que não se mostra razoável é se curvar diante do que vem acontecendo sem tentar alternativas de minorar os prejuízos causados pelo malefício das drogas e do tráfico.

6.2 O DEBATE ACERCA DA DESCRIMINALIZAÇÃO NOS CASOS DE PORTE PARA O CONSUMO PESSOAL E A ANÁLISE INCONCLUSA DO STF

O crime de posse de drogas está tipificado no art. 28 da Lei 11.343/2006, nos seguintes termos:

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.

O referido artigo está inserido no Capítulo III da Lei 11.343/2006 que trata Dos Crimes e Das Penas. Contudo, entre as penas culminadas não há previsão de aplicação de pena privativa de liberdade.

Em razão da nova disposição, instalou-se uma discussão destinada a definir a natureza jurídica da figura do art. 28, se ela retratava a hipótese de crime ou se a lei havia descriminalizado a conduta da posse de droga para consumo próprio. O principal motivo do questionamento partiu da análise da Lei de Introdução ao Código Penal - LICP (Decreto-Lei nº 3.914/41), que ganhou relevância em virtude das consequências da diferenciação, notadamente para efeitos de reincidência, já que a condenação por crime implica na perda da primariedade. Com efeito, o artigo 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (anteriormente denominada Lei de Introdução ao Código Civil) prescreve:

Art. 1º. Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isolada, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente (BRASIL, 2010).

Ao interpretar o aludido artigo 1º da LICP, Gomes (2012) entende que o art. 28 da Lei 11.343/2006 descriminalizou o porte de drogas para consumo próprio e argumenta que:

No Brasil crime é a infração penal punida com reclusão ou detenção (...), não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal (com a nova Lei) deixou de ser 'crime' porque as sanções impostas para essa conduta (...) não conduzem a nenhum tipo de prisão. (...) Em outras palavras: a nova Lei de Drogas, no artigo 28, descriminalizou a conduta da posse de droga para consumo pessoal (GOMES, 2012, p. 31).

Com base no recorte feito pela LICP, Gomes (2012) defende que a posse de droga para consumo pessoal deixou de ser "crime", levando-se em conta que as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos) não conduzem a algum tipo de prisão, sendo, portanto, um ilícito *sui generis*. A nova Lei, ao impor sanções não restritivas de liberdade, passaria a não considerar

crime a posse de drogas para consumo próprio, sob o ponto de vista formal. Ainda sob a mesma ótica, também não se consideraria como contravenção penal a posse de drogas para consumo próprio, já que esta é passível de imposição de prisão simples ou multa. Ainda, Gomes (2012, p. 23) acrescenta que:

(...) A posse de droga para consumo pessoal deixou de ser formalmente "crime", mas não perdeu seu conteúdo de infração (de ilícito). A conduta descrita no antigo art. 16 e, agora, no atual art. 28 continua sendo ilícita, mas, como veremos, cuida-se de uma ilicitude inteiramente peculiar. Houve descriminalização "formal", ou seja, a infração já não pode ser considerada "crime" (do ponto de vista formal), mas não aconteceu concomitantemente a legalização da droga. De outro lado, paralelamente também se pode afirmar que o art. 28 retrata uma hipótese de despenalização. Descriminalização "formal" e despenalização (ao mesmo tempo) são os processos que explicam o novo art. 28 da lei de drogas (houve um processo misto).

A análise da definição de crime e contravenção, contida no artigo 1º da LICP aponta o entendimento pela corrente descriminalizadora formal de que existe um paradoxo em se considerar o uso de drogas ilícitas como crime, dada a natureza branda das punições previstas para essa conduta, em razão do princípio da proporcionalidade. Assim, a graduação da pena, teria relação direta com as exigências da tipicidade da conduta, não admitindo, conseqüentemente, o artigo 28 a punição com privação de liberdade, e sim, sua flexibilização.

No entanto, também são sólidos os argumentos voltados a sustentar que o artigo 28 da Lei 11.343/2006 trouxe apenas uma hipótese de despenalização da conduta, mantendo-se a natureza criminal da figura típica.

O primeiro argumento vem do próprio texto constitucional. Isso porque, a Constituição Federal de 1988 prevê outras penas diferentes dessas estampadas na LICP de 1941. Pelo disposto na Carta Magna é plenamente possível a adoção pelo legislador de infrações que possuam penas alternativas diretas, sendo tal fato uma tendência positiva, que vem ganhando espaço no campo penal (GOMES, 2012) e tem servido como paradigma para outras leis estabelecerem a apenação mitigada, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, do Código de Trânsito Brasileiro, da Lei do Meio Ambiente, do Estatuto do Idoso e do Estatuto da Criança e do Adolescente que prevêm penas substitutivas.

Assim, a nova Lei de Drogas trouxe inovações que, se por um lado reafirmam a necessidade de repressão ao tráfico ilícito de drogas, por outro, trouxe a necessidade de implementação no país de um sistema nacional de políticas públicas voltadas para sistematizar e integrar as ações sociais voltadas à inclusão social do cidadão, com vistas a torná-lo menos vulnerável a comportamentos de risco, como o uso ilícito de drogas. Ao romper com o sistema repressivo existente, a nova legislação estabeleceu o precedente de

cominar como sanção principal, penas que até então eram meros substitutivos penais ou medidas despenalizadoras alternativas (SANTOS, 2012).

Os processos de despenalização no mundo globalizado e, por consequência, no Brasil, representa um caminho inexorável em direção à concepção de que assim devam ser tratados os crimes menos graves.

A adoção de um modelo de justiça restaurativa colocou o usuário na ótica de um infrator *sui generis*, merecedor de reprimenda e de medidas ressocializadoras ou terapêuticas, sem aplicação de pena privativa de liberdade.

O Brasil tem buscado a legitimação do seu sistema penal, numa evolução paulatina, mas inexorável, propondo a racionalização proporcional das penas, através da adequação de um novo sistema punitivo que encontre respaldo no meio social, que tenda ao afastamento da seletividade e da estigmatização indevida de alguns infratores, sem, no entanto, deixar de cumprir a exigência imprescindível da pena de prisão, como impeditivos de ações criminosas (SANTOS, 2012).

Entretanto, Leal (2013, p. 91) sustenta que não ocorreu descriminalização, mas sim uma exclusão do controle penal:

Acabou prevalecendo a opção por uma espécie de descriminalização branca. Como a lei não admite o uso da prisão, nem mesmo no caso de reincidência e/ou de não cumprimento das sanções não-detentivas aplicadas pelo juiz, na prática, o usuário acabará excluído do controle de natureza estritamente penal (LEAL, 2013, p. 91).

Outro importante argumento dos que sustentam a manutenção da figura típica do porte de drogas para consumo, leva em conta a própria divisão dos títulos e capítulos da Lei 11.343/2006. Isso porque o Título III da nova lei trata das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, e contém três capítulos, assim divididos: Capítulo I – Da Prevenção; Capítulo II – Das atividades de atenção e reinserção social de usuários ou dependentes de drogas e; Capítulo III – Dos Crimes e das Penas.

O artigo 28, que tipifica a conduta de posse para consumo, encontra-se precisamente disposto no Capítulo III, ou seja, sendo tratado como crime, com cominação de pena. Pela localização do art. 28 não há como retirar o caráter penal do tipo em questão, somente em razão de ter estipulado penas alternativas de forma direta, ressaltando-se que o legislador pareceu acentuar de forma incisiva a expressão “crimes e penas” antes de definir a conduta de posse de drogas para o consumo próprio (SANTOS, 2012).

Nessa linha não se pode retirar a natureza criminal da conduta prevista no artigo 28 da Lei de Drogas, uma vez que pode a lei cominar pena de prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, sem que isso retire a natureza penal da infração. É o que sustenta Gama (2014, p. 32):

A exclusão do fato como crime só pode acontecer por determinação legal, apresentando-se como o caminho inverso para a criminalização. É que o fato deixa de contrariar o ordenamento jurídico, deixa de ser ilícito penal, deixa de ser antijurídico, deixa de ser previsto como crime ou contravenção penal. O crime conhecido como porte de drogas vem deixando a área da ilicitude em diversos países do mundo, assumindo formas menos grave em outros. No Brasil, não se deu a descriminalização, mas a amenização considerável da punição, não se aplicando mais ao crime a pena de prisão. Na Lei nº 6.368/1976, a pena era de detenção de 6 meses a 2 anos. Na Lei nº 11.343/2006, como se pode verificar no art. 28, a pena fixada é de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Na mesma direção, segue o entendimento de Volpe Filho (2012, p. 131):

[...] a Lei Antidrogas não descriminalizou a conduta de porte de entorpecente para uso próprio, como quer alguns doutrinadores. Apenas, diminuiu a carga punitiva. A sanção penal, como é sabido, possui como uma das espécies a pena. Percebe-se, claramente, que é crime a posse de drogas para consumo pessoal. A mudança diz respeito à espécie da pena, que deixou de ser privativa de liberdade. Claro que se trata de um avanço para que o tema passe a ser tratado somente como questão de saúde pública, incidindo sobre ele as normas de caráter administrativo. Mas ainda não chegamos a esse ponto (VOLPE FILHO, 2012, p. 131).

Apesar dos contrapontos, o entendimento que tem prevalecido é o de que não houve descriminalização, mas sim um abrandamento da pena imposta, uma diminuição da carga punitiva. Até mesmo porque o legislador manteve o tipo no capítulo dos crimes e das penas.

Esse é o entendimento que foi encampado pelo STF, ao apreciar o Recurso Extraordinário 430105 QO/RJ, onde se concluiu que o art. 28 da nova lei não descriminalizou a conduta. O que ocorreu foi uma despenalização, marcada pela exclusão de penas privativas de liberdade, não ocorrendo *abolitio criminis*, conforme resumo do acórdão, disponibilizado no Informativo nº 456 do STF:

A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou *abolitio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/1976, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei 6.368/1976. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal *sui generis*, pois esta posição acarretaria sérias

consequências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a novel lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado "Dos Crimes e das Penas". Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/1995. Por fim, tendo em conta que o art. 30 da Lei 11.343/2006 fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorreria tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se a extinção da punibilidade do fato e, em consequência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário (STF, 1ª Turma, RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007. Informativo nº 456. Brasília, 12 a 23 de fevereiro de 2007).

Ao se expressar dessa forma, o Ministro Sepúlveda Pertence, apesar de não concordar, registrou os posicionamentos de eminentes juristas, como Luiz Flávio Gomes e Rogério Cunha Sanches, que consideram que a posse de drogas para o uso pessoal deixou de ser crime ou contravenção, em razão de não ser punido com pena de reclusão ou detenção, conforme disposto no artigo 1º da LICP. Assim foi a manifestação do Ministro em seu voto:

Continua acesa a polêmica sobre a natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/2006 (nova lei de drogas), que prevê tão-somente penas alternativas para o agente que tem a posse de drogas para consumo pessoal. A questão debatida é a seguinte: nesse dispositivo teria o legislador contemplado um crime, uma infração penal *sui generis* ou uma infração administrativa? A celeuma ainda não chegou a seu final. Os argumentos no sentido de que o art. 28 contempla um crime são, basicamente, os seguintes: a) ele está inserido no Capítulo III, do Título III, intitulado "Dos crimes e das penas"; b) o art. 28, parágrafo 4º, fala em reincidência (nos moldes do art. 63 do CP e 7º da LCP e é reincidente aquele que, depois de condenado por crime, pratica nova infração penal); c) o art. 30 da Lei 11.343/2006 regulamenta a prescrição da posse de droga para consumo pessoal. Apenas os crimes (e contravenções penais) prescreveriam; d) o art. 28 deve ser processado e julgado nos termos do procedimento sumaríssimo da lei dos juizados, próprio para crimes de menor potencial ofensivo; e) cuida-se de crime com astreintes (multa coativa, nos moldes do art. 461 do CPC) para o caso de descumprimento das medidas impostas; f) a CF de 1988 prevê, no seu art. 5º, inc. XLVI, penas outras que não a de reclusão e detenção, as quais podem ser substitutivas ou principais (esse é o caso do art. 28) (PERTENCE, 2015, p. 1)

O posicionamento do Ministro Sepúlveda Pertence, seguido por seus pares, conduz à percepção de que, para ele, o uso de drogas mantém sua condição de crime na nova Lei de Drogas, considerando que os fatos descritos não são considerados como descriminalização do uso de drogas, mas como despenalização, com exclusão de penas privativas de liberdade.

No entanto a postura do STF, ao considerar o usuário de drogas como criminoso, sem aplicar-lhe uma sanção mais severa, em decorrência da lei, destoa da realidade, uma vez que a lei de drogas, ao imputar penas de natureza socioeducativas, não pretende considerar o usuário como tal (SOUZA, 2014). Assim, vale destacar o pensamento de Gomes (2012, p. 15):

De nada adianta, de outra parte, conceber o usuário como “criminoso” ou “tóxico-delinquente” se todos sabemos que as consequências que lhe podem alcançar (por força da nova lei) destoam completamente disso. O juiz sabe que nada pode fazer contra ele em termos coativos (imperativos). A dureza nominal (“criminoso”) não se corresponde com a realidade. Denominar o art. 28 de “crime”, portanto, pode significar a banalização deste conceito no Direito penal. Passamos a ter um “crime” com consequências pífias (inexpressivas) caso o infrator não cumpra as sanções impostas pelo juiz. A nova lei banalizou a função do juiz (deveria ter adotado em relação ao usuário a desjudicialização); o STF, com a devida vênia, ampliou, e muito, os limites do conjunto da teoria do delito, saindo de um extremo (tratamento dos delitos hediondos) para outro (tratamento do usuário de entorpecente).

Assim, mesmo estando o artigo 28 disposto em um capítulo que trata do crime e suas penas, ele também está inserido no Título III da Lei, que dispõe “Das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social, de usuários e dependentes de drogas”. Ou seja, é clara a preocupação da Lei com uma visão mais humanística do problema do usuário de drogas, tanto que é disso que trata trinta dos seus setenta e cinco artigos (BRASIL, 2006).

Destarte, não encontra respaldo nessa análise o termo “criminalização do uso de drogas”, considerando que a adoção de medidas preventivas ao uso de drogas e mesmo o tratamento que deve ser dispensado ao usuário, precisam da sua colaboração e esta não pode existir se houver a rotulação de criminoso, o que acarretaria sua transformação de tóxico-dependente em tóxico-delinquente (CORRÊA, 2015).

Além disso, é preciso destacar que um comportamento criminoso é caracterizado pela afetação de um bem jurídico. Em relação ao usuário de drogas, o seu comportamento quando da utilização de drogas ilícitas, seria a agressão a um bem jurídico pessoal, a sua saúde, não podendo o Direito Penal atuar em tal situação, sem ferir os direitos fundamentais da pessoa humana, quais sejam, a autonomia e a liberdade.

A despeito de o STF se posicionar pela manutenção da natureza criminal da conduta descrita no artigo 28 da Lei 11.343/2006, recentemente iniciou-se outra discussão no Pretório Excelso, agora voltada à análise da constitucionalidade de se criminalizar a conduta de portar droga para o consumo pessoal. Tal discussão foi desencadeada no Recurso Extraordinário (RE) 635659, com repercussão geral. No recurso de relatoria do ministro Gilmar Mendes, a

Defensoria Pública do estado de São Paulo questiona a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006 (consumo de drogas).

Segundo a Defensoria Pública o porte de drogas para uso próprio não afronta a chamada saúde pública, mas unicamente, a saúde pessoal do próprio usuário. A defesa argumenta, também, que o usuário não pode ser tratado pelo enfoque policial punitivo, mas por meio da educação, saúde e assistência. Isso porque, a defesa alega que não há efeitos positivos na punição, tanto para a sociedade quanto para o indivíduo, consistindo tal punibilidade uma espécie de fuga do poder estatal em relação às suas verdadeiras responsabilidades, o qual escolhe o caminho mais fácil da punição, ao invés de traçar e efetivar políticas de saúde pública. A defesa sustenta, ainda, que a proibição do consumo viola a privacidade das pessoas, as quais poderão perpetrar os cuidados de saúde que bem entenderem.

Ao defender a repercussão geral, o Ministro do STF Gilmar Mendes (relator) frisou que “rata-se de discussão que alcança, certamente, grande número de interessados”. Por sua vez, ao declarar o seu voto, o Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, destacou vários pontos importantes, entre eles que:

O sistema atual de Guerra às Drogas faz com que as preocupações com a saúde pública – que são o principal objetivo do controle de drogas – assumam uma posição secundária em relação às políticas de segurança pública e à aplicação da lei penal. A política de repressão penal exige recursos cada vez mais abundantes, drenando investimentos em políticas de prevenção, educação e tratamento de saúde. E o pior: a criminalização de condutas relacionadas ao consumo promove a exclusão e a marginalização dos usuários, dificultando o acesso a tratamentos. Como assinalou o antropólogo Rubem César Fernandes, diretor do Viva Rio: “O fato de o consumo de drogas ser criminalizado aproxima a população jovem do mundo do crime”. Portanto, ao contrário do que muitos creem, a criminalização não protege, mas antes compromete a saúde pública (BARROSO, 2015, p. 1).

Contextualizando o voto supracitado, o Estado usa o Direito Penal como ferramenta para coibir e punir o porte de drogas, mas até que ponto essa ação é legítima?

Assim, no que tange o porte de droga para consumo próprio tipificado no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, é possível sustentar que o Estado está atuando de forma proativa e ineficaz, pois está a violar o direito fundamental da liberdade individual.

Com efeito, o direito penal não tipifica a autolesão e o consumo de entorpecentes não ultrapassa a esfera individual do usuário, portanto, não sendo lícito ao Estado interferir, por meio do direito penal na escolha do indivíduo, quando esta escolha não ofende direito de outrem. Nesse sentido é o entendimento de Karam (2014, p. 65):

É evidente que na conduta de uma pessoa, que, destinando-se a seu próprio uso, adquire ou tem a posse de uma substância, que causa ou pode causar mal à saúde, não há como identificar ofensa à saúde pública, dada a ausência daquela expansibilidade do perigo (...). Nesta linha de raciocínio, não há como negar a incompatibilidade entre a aquisição ou posse de drogas para uso pessoal – não importa em que quantidade – e a ofensa à saúde pública, pois não há como negar que a expansibilidade do perigo e a destinação individual são antagônicas. A destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios. São coisas conceitualmente antagônicas: ter algo para difundir entre terceiros, sendo totalmente fora de lógica sustentar que a proteção à saúde pública envolve a punição da posse de drogas para uso pessoal.

Carvalho (2014) defende, por sua vez, que a identificação de bens jurídicos sobre a “chancela de interesse público, como ocorre no caso do porte de drogas para uso pessoal, em que o bem jurídico é a saúde pública, estabelece espécie de espiritualização do valor da tutela” (CARVALHO, 2014, p. 43). O autor entende que o “fato de esquecer o sujeito concreto para criar mecanismos retóricos abstratos de legitimação das hipóteses de punição aos usuários produz significativa violência ao núcleo constitucional que sustenta o direito penal”(CARVALHO, 2014, p. 43).

Nesse caso, a lei não protege uma atitude que cause perigo de lesão ao direito de terceiro e ainda que sobrevenha algum risco, ele não passa de uma possibilidade subjetiva, o que afasta a incidência do Direito Penal, sob pena de se ofender o princípio da alteridade.

Um dos fatores que tem agravado ainda mais o problema sobre o porte de drogas para o consumo pessoal, não é a droga em si, mas sim o proibicionismo, pois ao mesmo tempo em que se reprime o consumo criminaliza o usuário.

A criminalização faz com que a sociedade não veja o consumidor de drogas como uma pessoa doente, um dependente químico, mas sim, como um criminoso. Essa discriminação marginaliza o viciado, dificulta a obtenção de renda por meios lícitos, já que estreita as vias de obtenção de emprego formal e prejudica o tratamento do vício, levando o usuário a se aproximar do mercado de drogas ilícitas e do próprio crime como meio de sobrevivência e manutenção do vício.

Assim, o Estado deve se ater a políticas públicas eficientes de prevenção e tratamento e não simplesmente usar o direito como meio de coibir o uso de tóxicos (SANTOS, 2012).

Nesse particular, o Ministro Barroso, em seu voto no Recurso Extraordinário (RE) 635659, sustentou que “a liberdade é um valor essencial nas sociedades democráticas. [...] a liberdade possui um núcleo essencial e intangível, que é a autonomia individual”. Para o ministro, o uso de drogas é relacionado ao próprio ato de liberdade individual do usuário, visto que por ser livre, deverá ter assegurada a sua “autodeterminação, o direito de fazer as

suas escolhas existenciais de acordo com as suas próprias concepções do bem e do mal. Cada um é feliz à sua maneira. A autonomia é a parte da liberdade que não pode ser suprimida pelo Estado ou pela sociedade” (BARROSO, STF - RE 635659).

A liberdade é direito fundamental explicitamente positivada pelo constituinte, que assegura a todos indistintamente o direito de se autodeterminar, podendo, cada qual, fazer ou deixar de fazer o que bem entender, desde que suas decisões não ofendam direitos de terceiros.

No que tange a criminalização pelo porte para uso de drogas ilícitas, a Lei 11.343/2006 ofende os princípios constitucionais já que interfere na esfera privada da pessoa com o argumento de estar protegendo o indivíduo de se autolesionar. O porte de droga para uso pessoal, aqui tratado, decorre de uma simples presunção do legislador, de que o usuário de drogas venha a cometer algum tipo de delito em função dos efeitos da droga usada, não pode o direito se basear nesse caso em meras possibilidades. Barroso (2015), em outra parte de seu voto, explana que:

As pessoas têm, igualmente, o direito de escolher os seus prazeres legítimos. Há quem faça alpinismo, voe de ultraleve, participe de corridas de automóvel, ande de motocicleta ou faça mergulho submarino. Todas essas são atividades que envolvem riscos. Nem por isso são proibidas. O Estado pode, porém, limitar a liberdade individual para proteger direitos de terceiros ou determinados valores sociais. Pois bem: o indivíduo que fuma um cigarro de maconha na sua casa ou em outro ambiente privado não viola direitos de terceiros. Tampouco fere qualquer valor social. Nem mesmo a saúde pública, salvo em um sentido muito vago e remoto. Se este fosse um fundamento para proibição, o consumo de álcool deveria ser banido. E, por boas razões, não se cogita disso (BARROSO, 2015, p. 1).

O Ministro Barroso, aderindo à tese da defesa afirmou que o direito não poderá punir a autolesão provocada pelas drogas da mesma forma como pune uma tentativa de homicídio e que o excesso de proibição ultrapassa a razoabilidade e proporcionalidade.

Ainda, na sessão do dia 20 de agosto, o ministro Gilmar Mendes (relator) apresentou voto no sentido de prover o recurso e declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas. No entanto, o julgamento foi suspenso em razão do pedido de vista do ministro Teori Zavascki (STF 2015).

A possível descriminalização do consumo de drogas pelo STF decerto não liberará o comércio, mas trará novas luzes para as instituições e para a sociedade brasileira, no que tange à necessidade de se repensar a política e a legislação de drogas, partindo-se de um viés humanitário, portanto com premissas extraídas dos direitos humanos.

6.3 DESCRIMINALIZAÇÃO JUDICIAL - O PAPEL DO OPERADOR DO DIREITO À FRENTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A complexidade das relações sociais e a rapidez com que a sociedade evolui, facilitada pelos meios de comunicação de massa e pelo acesso às informações, ordinariamente coloca em mora o legislativo que não consegue acompanhar essa evolução de modo a fazer com que as legislações destinadas a regular a vida em sociedade estejam atualizadas com os respectivos e atuais anseios sociais. E muitas vezes, para tentar manter atualizada a legislação, o legislador opta por conceitos abertos e indeterminados, atribuindo ao intérprete a aplicação no caso concreto.

Não bastasse a dificuldade decorrente das transformações sociais, a mora do legislativo muitas vezes decorre do próprio desinteresse político que acomete os legisladores de não enfrentar questões polêmicas, já que esse enfrentamento normalmente desencadeia desgastes políticos, que pode se converter em desprestígio ou perda de votos em campanhas futuras por parte de segmentos contrários a determinada posição, eventualmente, sustentada pelo parlamentar.

Essa realidade fomentou a judicialização de relações sociais, fazendo com que chegue à apreciação do Poder Judiciário, com maior frequência, questões jurídicas ainda não previstas em lei ou, ainda, parcialmente reguladas, quer em função da dificuldade do legislador em regular os conflitos na mesma velocidade das mutações sociais ou pela omissão consciente do legislador com o propósito de evitar desgaste político.

Apesar não ser constituído pelo poder do voto popular, ao interpretar a lei, a tarefa do magistrado deixou de ser feita com a simples subsunção do fato à norma. Dessa forma, o juiz necessita estabelecer um diálogo construtivo e para tanto tem que se ater aos apelos sociais, econômicos e culturais frequentemente em mutação. Ao proceder dessa maneira, inegavelmente, o Poder Judiciário acaba exercendo não só a função jurisdicional, mas uma eminente função política, moldurada pela Constituição Federal, alinhada ao atendimento dos princípios e garantias fundamentais.

Consequência disso é que muitas questões que poderiam e deveriam ser resolvidas pelos legisladores acabam sendo decididas pelo Judiciário, a exemplo do que ocorreu com a questão das células tronco, aborto de anencefálico, casamentos de pessoas do mesmo sexo e recentemente o aborto até terceiro mês de gestação, além do próprio enfrentamento acerca da constitucionalidade sobre a criminalização do porte da maconha para o consumo próprio.

No entanto, ao assumir de forma primária o papel que deveria ser feito apenas na condição de soldado de reserva, o Judiciário atrai para si todas as críticas, se transformando na vidraça da vez. Da sociedade advém as críticas dos segmentos contrários a determinada posição adotada, acompanhada da alegada ausência de representação popular para deliberar sobre assuntos que só poderiam ser feitos pelos representantes do povo. Do Legislativo decorrem as críticas normalmente fundadas na usurpação de funções e na interferência entre Poderes.

Apesar das críticas, o Judiciário não pode ser omissivo e deve manter a condição de guardião dos princípios e garantias fundamentais, quer na condição de soldado de reserva, quer nas hipóteses em que ele acaba sendo chamado, em primeiro lugar, para solucionar questões sociais não dirimidas em razão das faltas e omissões do titular (legislativo). Bem ou mal é o Poder Judiciário que vem tentando pontuar e dirimir as questões sociais polêmicas de forma a atender os anseios da sociedade, com respaldo na Constituição Federal.

E essa mesma postura deve ser adotada no problema das drogas. Isso porque, segundo Carvalho (2014), o receio do legislador em enfrentar a questão das drogas “não impede que o [...] magistrado atue dentro do sistema positivado na perspectiva de minimizar a criminalização” (CARVALHO, 2014, p. 176). De acordo com Ferrajoli, citado por Carvalho (2014), o magistrado não poderá se esquivar e ocultar as falhas do sistema ou das normas legais. Não deverá, no entanto, reelaborar a norma pois essa atribuição não lhe compete, mas, sim, explicitar a incoerência e a falta de plenitude da lei no caso concreto. Com isso, “cria-se espaço para a construção de práticas judiciais de redução de danos causados pelos processos de criminalização” do tráfico de drogas. O magistrado deverá reconhecer a tendência natural do poder punitivo em extravasar os limites do bom senso e evitar, a todo custo, tal extravasamento. Nesse contexto Carvalho (2014, p. 188) defende que:

[...] ao invés do uso retórico da legalidade para amentar as hipóteses de criminalização e da incidência sancionatória, a dogmática crítica conta com instrumental suficiente para restringir as práticas punitivas do caso concreto (a) limitando o extravasamento do poder punitivo através da denúncia da ruptura ou negação da legalidade ou (b) operando processos de descriminalização no alargamento dos espaços de liberdade individual. A propósito, se para potencializar a punibilidade o jurista necessita realizar malabarismos retóricos [...] como critérios de interpretação, no que tange às estratégias descriminalizadoras as possibilidades são ilimitadas.

Com isso, o magistrado poderá se redefinir enquanto jurista e aplicador da lei, focando sua atuação no sentido de assegurar os direitos e garantias fundamentais e superar as falhas do sistema com o propósito de minimizar injustiças nas punições. Carvalho (2014) aponta o

controle de constitucionalidade difuso como uma estratégia eficaz, sendo que, por meio de tal instrumento, o juiz pode fazer a filtragem das leis penais e processuais penais à luz da Constituição Federal. E continua:

A partir da Constituição na análise crítica da legalidade, o operador do direito, realizando o controle difuso e movimentando-se nas lacunas e na rede de antinomias, tece possibilidades descriminalizadoras. Se o princípio da legalidade formal (legalidade ampla ou mera legalidade) vincula o sentido do delito à lei penal, prescrevendo ao juiz verificar como crime apenas o predefinido pelo legislador, a legalidade material define técnicas semânticas de qualificação da conduta punível através da linguagem (CARVALHO, 2014, p. 183).

E é justamente com esse poder dever, que o Judiciário deve enfrentar a questão das drogas, do usuário, do traficante e do encarceramento. Enquanto não sobrevenha alteração legislativa que seja capaz de ajustar o tratamento jurídico dado às drogas à realidade social, no caso do usuário e do traficante, incumbe ao operador do direito o trabalho de dar diretrizes interpretativas à legislação vigente, de modo a destacar o viés humanitário, focado na autonomia e na liberdade individual, no respeito à diversidade, na promoção de valores éticos e culturais, trazidos pela própria Lei 11.343/2006. Assim, notadamente o art. 4º da referida lei se alinha ao princípio da dignidade da pessoa humana, para que sejam minimizados os efeitos (redução de danos) da cultura e da política proibicionista que, além de não resolver a questão das drogas, tem causado mais danos à sociedade, na medida em que marginaliza e estigmatiza pessoas pertencentes às camadas sociais menos favorecidas, inflaciona a população carcerária, masculina e feminina, absorve considerável fatia do orçamento público e dificulta o acesso aos meios de recuperação do vício pelo usuário.

Portanto, é preciso que os operadores do direito adotem uma mudança de paradigma e passem a enxergar o crescente problema do tráfico e do uso de drogas ilícitas como consequência de uma política equivocada e não como a causa de toda a violência gerada. A partir dessa mudança de posicionamento é possível conferir uma interpretação dos dispositivos legais que regem a matéria, com base na Constituição Federal, para que sejam minimizados os efeitos da política repressiva e de encarceramento, já que a Carta Política de 1988 franqueou aos operadores do direito um espaço privilegiado para isso, como bem destacado por Carvalho (2014, p. 176):

A tendência de sobreposição de texto legais em face dos receios do poder político-legislativo em deflagrar amplos processos de descriminalização não impede que o operador do direito, sobretudo o magistrado, atue desde dentro do sistema positivado na perspectiva de minimizar a criminalização.

Uma das providências que poderia surtir efeito seria exigir dos órgãos públicos a implementação das políticas de redução de danos já prevista na Lei. Aliás, é justamente o viés humanitário traçado pela Lei 11.343/2006 que precisa pautar a conduta dos operadores do direito. Com efeito, a referida lei foi estruturada sob o enfoque dos direitos humanos fundamentais, conforme pode ser extraída da redação do art. 4º:

Art. 4º São princípios do Sisnad:

- I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;
- II - o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes;
- III - a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados;
- IV - a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad;
- V - a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad;
- VI - o reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito;
- VII - a integração das estratégias nacionais e internacionais 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 seu tráfico ilícito;
- VIII - a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad;
- IX - a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;
- X - a observância do equilíbrio entre as atividades 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 seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social;
- XI - a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas - Conad.

No entanto, referidos dispositivos ficaram relegados a segundo plano, já que dependem de investimentos públicos não priorizados pelos governos, que insistem nas ineficientes políticas de repressão. Não bastasse a inércia do executivo, pouco se vê no Judiciário, ações voltadas a compelir o governo a dar efetivo cumprimento a esses dispositivos. A título de exemplo, apesar dos 10 (dez) anos de aprovação da nova legislação, o estado do Tocantins não conta com sequer uma casa de recuperação de viciados em droga mantida com recursos próprios, tampouco com programas de reinserção social que tenha a participação de equipes multidisciplinares envolvendo os usuários e os seus familiares. A ausência de estrutura física e técnica inviabiliza a implantação das políticas de redução de danos prevista na própria Lei de Drogas.

A política de redução de danos busca respeitar o usuário de drogas enquanto cidadão e parte do pressuposto de que as drogas sempre estarão presentes na sociedade. Nesse sentido,

ela parte de uma proposta realista e prática, sem julgamentos morais, que busca diminuir os danos individuais e sociais, reduzir o uso de drogas lícitas e ilícitas e tem como foco a recuperação do indivíduo e sua reinserção social, de forma a mitigar a marginalização do cidadão pelo fato de haver adotado comportamento de risco. Tratando-se de norma que visa assegurar direitos e garantias individuais do cidadão, já que em última análise o que está em jogo é a própria vida do usuário, os operadores do direito deveriam ser mais incisivos na cobrança dessas políticas previstas na Lei 11.343/2006.

Apesar da vertente humanitária veiculada na Lei de Drogas, com poucos reflexos práticos, o que se percebe é que continuou a prevalecer o caráter criminológico e repressivo, fruto da herança político-cultural que persiste em atacar os efeitos e não a causa. O Brasil insiste em resolver o problema criminal com a criação de vagas no sistema prisional, com a tipificação de condutas, com a gradação de penas ou elevando a gravidade dos crimes, como se a complexidade do problema pudesse ser solucionada com a simplicidade das medidas adotadas. Não é por outra razão que, após a vigência da Lei 11.343/2006 o índice de encarceramento em razão de crimes relacionados às drogas saltou vertiginosamente, sendo responsável pela prisão de um (1) em cada quatro (4) homens e de uma (1) em cada duas (2) mulheres.

Desse modo, em relação à faceta criminológica da Lei 11.343/2006 e seguindo o propósito de minimizar os efeitos da política de repressão, uma boa alternativa seria o reconhecimento de que artigo 28 da Lei 11.343/2006 é inconstitucional. A interpretação de que o artigo 28 da citada lei não se compatibiliza com os princípios constitucionais que regem o Direito Penal seria um bom começo. Não faltam argumentos no sentido de que o referido artigo, ao tipificar como crime a conduta de portar drogas para consumo pessoal ofende o direito individual à privacidade (art. 5º, X da CF/88), cuja garantia visa proteger das interferências externas o núcleo intangível da pessoa. O cidadão não pode sofrer ingerências em suas decisões e convicções, desde que elas não atinjam direitos de terceiros. A decisão de usar drogas, embora possa ofender a moralidade, não ultrapassa a esfera individual do sujeito, conforme já exaurido anteriormente neste estudo.

Da mesma forma, o artigo 28 da Lei 11.343/2006, ao considerar crime o porte de drogas para consumo ofende o direito à liberdade, mais precisamente o direito conferido ao indivíduo de se autodeterminar, de fazer suas escolhas livremente, contanto que ela não ofenda direitos de terceiros. Além disso, o artigo 28 da Lei 11.343/2006 agride o princípio da proporcionalidade já que as restrições aos direitos fundamentais devem ser legitimamente motivadas, cujo princípio, em matéria penal está formatado no princípio da lesividade, o qual

requisita que a conduta tipificada como crime necessariamente deve atingir a esfera jurídica de terceiros, o que não ocorre com o consumo de drogas.

Passados vários anos de combate ao uso de drogas, sem sucesso, em virtude do considerável aumento do tráfico de substâncias ilícitas e do seu próprio consumo por parte da população brasileira, a ação estratégica do Estado em criminalizar a conduta de porte de droga para consumo próprio não mais se compatibiliza com o anseio social, requisito indispensável para que a referida norma seja legitimada pelos sujeitos destinatários, como bem expressa Oliveira (2013, p. 129).

[...] quando os fins teleológicos-estratégicos presentes na norma se adéquam aos argumentos substanciais presentes no consenso racional entre os sujeitos, a norma jurídica revela-se como justa diante dos seus destinatários. Do contrário, quando os fins teleológicos-estratégicos da norma jurídica não encontram guarida no consenso racionalmente obtido pelos sujeitos, a norma revela-se como *injusta*, repercutindo o sentido comunicacional do descrédito por parte dos seus destinatários sociais.

A ausência de legitimação dos destinatários demonstra a inadequação da norma penal ao contexto social em que está inserida (ofende o princípio da adequação social).

Afastada a criminalização do porte de drogas para consumo próprio e, portanto, a etiqueta de criminoso do usuário, parte da resistência de se reconhecer essa condição seria automaticamente eliminada, o que facilitaria a identificação e o acesso dessas pessoas aos programas de redução de riscos, um dos objetivos traçados pela Lei 11.343/2006.

Outra hipótese capaz de minimizar os efeitos da política de encarceramento também pode ser extraída a partir do voto do Ministro do STF Barroso no RE 635.659 onde discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. No referido voto o Ministro sugeriu estabelecer critério objetivo, em termos de quantidade, para diferenciar o tráfico de drogas do porte para uso pessoal. Apesar de entender que o ideal seria 40 gramas, como ocorre no Uruguai, Barroso aderiu ao critério adotado em Portugal, onde se autoriza o porte de 25 gramas. Tal critério serviria como parâmetro de presunção relativa, só influenciado no ônus da prova. Assim, se a pessoa fosse identificada com 25 gramas de maconha, por exemplo, a presunção seria para o enquadramento no porte para uso pessoal. Nesse caso caberia ao ministério público provar que, apesar da quantidade, a destinação seria para o tráfico. Por outro lado, se a quantidade encontrada com o indivíduo ultrapassasse o critério objetivo fixado, o ônus de provar que a hipótese não seria de tráfico passaria à defesa.

O estabelecimento de um critério mais objetivo pode ser extraído da própria redação do artigo 42 da Lei 11.343/2006 que determina ao juiz, ao fixar a pena, entre outros critérios,

observar com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto.

Além disso, seguindo a corrente interpretativa do consequencialismo que possibilita ao interprete, dentro do contexto atual, encontrar o resultado prático mais adequado para o caso, desde que obedecido os limites das normas constitucionais, é possível perceber que o encarceramento pelo período mínimo de cinco anos de uma pessoa flagrada com 25 gramas de maconha, por exemplo, como prevê o art. 33 da Lei 11.343/2006, é mais custoso à sociedade, em termos sociais e econômicos, do que os riscos que esse indivíduo oferece para a saúde pública, bem jurídico a ser protegido pela Lei de Drogas, o que franquearia a possibilidade de se recorrer à interpretação constitucional para descaracterizar o tráfico de drogas.

Aliás, a possibilidade de interpretar os dispositivos legais de forma que se alinhem aos direitos fundamentais já foi exercitado pelo STF em relação ao dispositivo da própria Lei de Drogas. Isso porque o artigo 44 da Lei 11.343/2006 proibia expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, bem como, a possibilidade de concessão de liberdade provisória ao preso por tráfico, nos seguintes termos:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos (LEI 11.343/2006).

Ao dar interpretação ao referido artigo, o STF entendeu que as restrições feriam os direitos fundamentais, passando a admitir os benefícios, desde que presentes os requisitos autorizadores para tanto. Nesse sentido vale destacar a jurisprudência firmada pelo STF:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO HABEAS CORPUS 97.256. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL COM REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (STF - RG ARE: 663261 SP - SÃO PAULO, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 13/12/2012, Data de Publicação: DJe-025 06-02-2013).

Habeas corpus. 2. Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, *caput*, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006. 3. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). 4. Construção cautelar mantida somente com base na proibição legal. 5. Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea. 6. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida (STF - HC: 104339 SP, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 10/05/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 05-12-2012 PUBLIC 06-12-2012).

Uma vez estabelecido o critério objetivo para diferenciar o porte de droga para uso próprio e o tráfico, muitas das autuações hoje reputadas como tráfico poderiam ser desclassificadas como “porte” e atribuídas como “uso pessoal”, o que, inevitavelmente, diminuiria as condenações e contribuiria com a redução do número de encarceramentos por tráfico de drogas.

Assim, os operadores do direito e os magistrados, fundados na Constituição Federal, mais precisamente nos princípios fundamentais, poderão dar interpretação à Lei de Drogas capaz de mitigar os efeitos penalizadores da Lei 11.343/2006, que contribui para excluir e marginalizar os indivíduos das camadas sociais mais pauperizadas da sociedade e equiparar na mesma intensidade, o pequeno e o grande traficante. Essa interpretação pode contribuir, de modo a despertar que a solução para a questão das drogas está mais relacionada à execução de programas sociais específicos, voltados à educação e conscientização dos males do vício e recuperação de viciados, do que com a política repressiva que marginaliza, oprime e encarcera.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com sede de conclusão, torna-se necessário recapitular o caminho lógico teórico percorrido para se chegar às conclusões explicitadas no presente estudo, forjada nas seguintes ponderações:

I) Observou-se que ao longo dos anos, a adoção de uma política de regulação/proibição de algumas drogas, a pretexto de proteger o bem jurídico (saúde pública), gerou uma verdadeira guerra civil, com números assustadores de óbitos relacionados à disputa por territórios entre traficantes, à custa da manutenção do alto índice de adimplência do negócio ilícito que, como se sabe, é garantido com o emprego de violência e no combate/repressão ao comércio ilegal.

II) Notou-se também que essa política contribui para marginalizar as pessoas pertencentes às franjas mais pauperizadas da classe trabalhadora, pois de acordo com a teoria da reação social, o sistema penal acaba por selecionar as condutas proibidas e, conseqüentemente, as pessoas que irão responder pelos respectivos desvios, fazendo com que a ação estatal de combate e repressão se volte apenas para um grupo ou camada social estereotipada, normalmente formada por pobres, com baixo nível de instrução, que acabam sendo afastados do mercado de trabalho formal e absorvida pelo mercado das drogas ilícitas;

III) O próprio sistema penal, por punir, em sua grande maioria, apenas os concorrentes menores, acaba por proteger os maiores beneficiários do comércio das drogas ilícitas, ou seja, aqueles que movimentam o bilionário mercado, que conseguem converter os lucros ilícitos em negócios lícitos e que, em razão do poder financeiro que ostentam, exercem forte influência na definição das condutas proibidas e das pessoas que irão responder por elas, criando, assim, um círculo cruel e vicioso.

IV) Conseqüência disso é que os pequenos traficantes superlotam as penitenciárias e cadeias públicas e contribuem com a falência do sistema prisional. O endurecimento da legislação de combate às Drogas (Lei 11.343/2006) elevou substancialmente o encarceramento por crimes relacionados às drogas. Quando confrontamos a vigência da referida Lei com a ausência de diminuição do comércio de drogas ilícitas e com o aumento do número de usuários dessas substâncias, torna-se evidente que a política de repressão não tem se mostrado eficiente, o que implica em buscar outros enfoques para produzir um enfrentamento mais efetivo a esse cenário. Portanto, sinalizamos ao longo do estudo a importância de uma mudança de paradigma, no que tange a reforçar as ações voltadas à

educação, à prevenção, bem como ao tratamento dos viciados, deixando a repressão em segundo plano.

Ante a essas ponderações trazidas acima, é necessário também observar que os “pequenos comerciantes”, geralmente, são frutos da ausência de investimentos em áreas básicas como saúde, educação, esporte e lazer, que sejam mais capazes de oportunizar sobrevivência por meios dignos. Distante do mercado formal de trabalho, essas pessoas são atraídas pelo mercado das drogas ilícitas e, sozinhos, pagam a conta dos inúmeros crimes relacionados a tráfico.

Não é por acaso que o perfil dos presos por tráfico de drogas no Brasil é de pessoas pobres, que moram na periferia das cidades, não possuem curso superior e, na maioria das vezes, encontram-se desempregadas. Isso não significa que o tráfico não seja realizado por pessoas mais abastadas, mas o sistema penal não as seleciona para responder pelo ilícito. No presente estudo foi feita uma análise estatística junto a uma comarca do Estado do Tocantins, a qual se confirmou esse argumento.

O encarceramento de pessoas com esse perfil, longe de resolver o problema, tem onerado os cofres públicos, além de “carimbar” a passagem do condenado para o mundo do crime, já que praticamente aniquila qualquer chance de restabelecimento social, por meio de sua inserção no mercado de trabalho formal.

A política repressiva até então adotada favorece o controle sobre determinados segmentos sociais, já que a pretexto de proteger a saúde pública, sempre camufla o interesse econômico do comércio da substância ilícita. Não é por acaso que várias outras substâncias que poderiam ser inclusas no conceito de drogas, em razão dos efeitos deletérios que causam à saúde, não foram selecionadas como proibidas, a exemplo do tabaco e do álcool.

A quantidade de vidas perdidas que são atribuídas ao tráfico de drogas ilícitas e o dispêndio financeiro com a política de repressão e combate revelam que o sistema penal não se mostra eficiente para resolver o problema, tampouco a Lei 11.343/2006 atingiu o propósito de proteger o bem jurídico a que se propõe – saúde pública - o que permite concluir que o Direito Penal não está sendo utilizado como a *ultima ratio* para resolver o problema como deveria. Se o Direito Penal dentro do Estado Democrático de Direito visa limitar o poder punitivo estatal, a sua utilização fora dos princípios constitucionais que lhe estrutura, acaba por estabelecer punições desnecessárias, com nítida violação dos direitos humanos.

Ante todo esse mosaico, entende-se que a despeito da necessidade de se combater o tráfico, a política de repressão deve ceder espaço para a política de prevenção, de educação e recuperação dos viciados, a fim reduzir os danos ocasionados pelo vício e, principalmente em

reinsserir na sociedade o usuário e o próprio “pequeno” traficante, devolvendo-lhes a dignidade e a cidadania, já que o consumo de drogas é uma realidade que esteve e está presente em todas as sociedades.

Transversalmente, com propósito de minimizar os efeitos criminais da Lei 11.343/2006 e com isso reduzir o encarceramento por tráfico de drogas ilícitas, mostra-se necessário outorgar interpretação dos dispositivos da Lei de Drogas consentânea com os direitos fundamentais, de modo a descriminalizar o porte para uso próprio e criar critérios objetivos para diferenciar o “tráfico” do “porte”, sem contar com a indispensável necessidade se conferir tratamento diferenciado ao pequeno e ao grande traficante.

Com o raciocínio desenvolvido ao longo deste estudo e agora recapitulado, conclui-se que por esse caminho os operadores do direito, em especial o Poder Judiciário, poderão cumprir o papel de transformador da sociedade e dar efetiva proteção ao bem jurídico – saúde pública - sem que se faça necessário tantos encarceramentos e ofensas às liberdades individuais.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo. *As drogas e a delinquência*. São Paulo: Casa do Editor, 2006.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Girino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BOITEUX, Luciana. *O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.
- BOTTINI, Pierpaolo. *Porte de drogas para uso próprio e o STF*. Rio de Janeiro: Viva o Rio, 2015. Disponível em < http://vivario.org.br/wp-content/uploads/2015/06/Livro_Pierpaolo-Online-11.pdf> Acesso em 20 de janeiro de 2017.
- BRACKS, Paulo. *Os acintes da nova lei de tóxicos: as absurdas alterações trazidas pela nova lei de tóxicos*. Disponível em < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3025/Os-acintes-da-novel-Lei-de-Toxicos>> Acesso em 10 de outubro de 2016.
- BRASIL. *Código penal*. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del28_48.htm> Acesso em 18 de setembro de 2016.
- BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm> Acesso em 19 de setembro de 2016.
- CAPEZ, Fernando. *Manual de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. Rio de Janeiro: Luam, 2014.
- CHRISTIE, Nils. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2008.
- CORRÊA, Eduardo. *Lei antidrogas comentada*. São Paulo: RT, 2014.
- D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: quem são os verdadeiros traficantes de drogas*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.
- DE FOLTER, Mathiesen. *Abolicionismo penal*. Buenos Aires: EDIAR, 2009.
- DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro, Revan, 2006.
- DEL OMO, Rosa. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2012.

- FERREIRA, Antônio Gustavo. *Abolicionismo penal*. São Paulo: RT, 2012.
- FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. São Paulo, Martins Fontes, 2008.
- FREDU, Sigmund. *O mal-estar da civilização*. São Paulo: Ediouro, 2012.
- FREITAS, José Eduardo. *Comentários à Lei 11.343/2006*. São Paulo: Atlas, 2010.
- GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método I*. São Paulo: Vozes, 2012.
- GAMA, Ricardo Rodrigues. *Nova lei antidrogas*. São Paulo: RT, 2014.
- GOMES, Luís Flávio. *Não há crime sem ofensa ao bem jurídico*. <<http://instituto-avant-e-brasil.com.br/nao-ha-crime-sem-ofensa-ao-bem-juridico/>> Acesso em 23 de setembro de 2016.
- GOMES, Vinicius. *Uruguai: após regulação da maconha, mortes por tráfico chegam a zero*. Disponível em <<http://www.revistaforum.com.br/blog/2014/06/uruguai-apos-regulacao-da-maconha-mortes-por-trafico-chegam-zero/>> Acesso em 23 de outubro de 2016.
- GRECO FILHO, Vicente Greco. *Manual de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRECO FILHO, Vicente. *Lei de drogas anotada*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: Vol. 1, parte geral*. Niterói, RJ: Impetus, 2015.
- GRECO, Rogério. *Direito penal*. São Paulo: Método, 2013.
- JAKOBS, Gunther; MÉLIA, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- JESUS, Damásio. *Código penal comentado*. São Paulo: 2010.
- JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- KAFKA, Franz. *Muralha da China*. São Paulo: Nova Época, 2014.
- KARAM, André. *Direito penal e representações*. Núria Fabris Ed., 2010.
- LEAL, João José. *Política criminal e a Lei nº 11.343/2006: descriminalização da conduta de porte de drogas para consumo pessoal?*. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2922/Politica-criminal-e-a-Lei-no-11343-2006-descriminalizacao-da-conduta-de-porte-de-drogas-para-consumo-pessoal>> Acesso em 2 de setembro de 2016.
- LOSANO, Mário. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo, Martins Fontes, 2013.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *A influência da economia no direito penal*. Disponível em <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D15-08.pdf>> Acesso em 23 de setembro de 2016.

MARCHI, Antônio de Pádova. *Abolicionismo criminal*. Disponível em < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16833-16834-1-PB.htm>> Acesso em 21 de setembro de 2016.

MARTINS, Charles Emil Machado. *Uso de drogas: Crime? Castigo?* Disponível em < http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicacao_noticia/Uso%20de%20drogas_74383.pdf> Acesso em 23 de novembro de 2016.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*. Vol 1, Parte Geral. São Paulo: Método, 2014.

MAZZILI, Ranieri. *Os caminhos do sistema penal*. São Paulo: Revan, 2014.

MEIRELLES, Henrique. *Psicologia e drogas: casos clínicos*. Belo Horizonte, 2008

MELLO, Izanette de. *Teoria do labeling approach: paradigma da reação ou controle social*. Em: <<http://desigualdadedireitos.blogspot.com.br/2009/11/teoria-do-labelling-approach-na.html>>. Acesso: em 10 de janeiro de 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Carlos Henrique. *Lei antidrogas*. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

OLIVEIRA, Maria Marly. *Metodologia interativa: um processo hermenêutico dialético*. Disponível em www.revistas.unilasalle.edu.br/index.php/interfaces/article/download/841/665+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em 10 de dezembro de 2016

OLIVEIRA, Tarsis Barreto. *Pena e racionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2013.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Declaração universal dos direitos humanos*. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em 10 de janeiro de 2016.

PASSETTI, Edson. *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

RIBEIRO, Mauriedes de Melo. *Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROBOALDO, José Carlos. *Direito penal máximo*. São Paulo: Juruá, 2014.

ROSEMBERG, Lídia. *Lei n° 11.343, de 23 de agosto de 2006*. São Paulo: Casa do jurista, 2012.

SALLES, Ana Maria. *O abolicionismo menor de Louk Hulsman*. Disponível em <<http://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/14547>> Acesso em 23 de setembro de 2016.

SANTOS, Carlos Heitor. *Lei antidrogas comentada*. São Paulo: RT, 2012.

SANTOS, Eduardo Carlos. *Abolicionismo penal*. São Paulo: RT, 2014.

SANTOS, Geová. *Das principais drogas e os seus efeitos no indivíduo*. Rio de Janeiro: Recanto das Letras; São Paulo: Editores Associados, 2010.

SENADO FEDERAL. *Crack chama a atenção para a dependência química*. Disponível em<<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/crack-chama-a-atencao-para-dependencia-quimica/populacao-carceraria.aspx>>. Acesso em: 08 de janeiro de 2016.

SILVA, José Eduardo. *Direito penal do inimigo*. São Paulo: RT, 2012.

SILVA, José Geraldo. *Lei de drogas anotada*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Maria Tereza Araújo et al. *Análise funcional das dependências de drogas*. São Paulo: Canarinho, 2010.

SOARES, Eduardo Heitor. *A problemática do tráfico de drogas*. São Paulo: Canarinho, 2015.

SOUZA Tomás. *Drogas: uma abordagem multidimensional*. São Paulo: Atlas, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 1ª Turma, RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007. Informativo nº 456. Brasília, 12 a 23 de fevereiro de 2007.

TORDONI, Isadora. *Lei antidrogas comentada*. São Paulo: 2014.

VOLPE FILHO, Clovis Alberto. *O tratamento dos crimes de uso e tráfico de drogas na Lei n. 11.343/2006*. São Paulo: Atlas, 2012.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, Vol 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.