

**A REALIDADE SOCIAL DO TRÁFICO DE DROGAS E SUAS IMPLICAÇÕES:
UMA ANÁLISE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO RIO GRANDE DO SUL, REFERENTES À COMARCA DE PORTO ALEGRE¹**

Laura Girardi Hypolito²

RESUMO: O presente trabalho desenvolve uma análise crítica acerca dos discursos contidos nos acórdãos de apelação proferidos pelos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, referentes à Comarca de Porto Alegre, no que diz respeito às condenações pelo delito de tráfico de entorpecentes. Para tanto, é proposta primeiramente uma reflexão acerca do caráter excludente e estigmatizador do cárcere, e da respectiva seletividade existente nas atuais formas de controle social. Após, é realizada a análise daqueles julgados considerados mais relevantes para o trabalho. Nesse momento, são extraídos os elementos formadores dos discursos, no que concerne à veracidade da palavra dos policiais, à aplicabilidade da desclassificação da conduta para uso pessoal, às causas de aumento e diminuição de pena e também no que tange ao regime imposto para o cumprimento de pena. Por meio da análise das decisões e de suas respectivas disparidades, se faz possível perceber que os julgadores divergem no que tange ao respeito dos direitos e garantias individuais, daqueles condenados pelo delito de tráfico de entorpecentes.

Palavras-chave: Tráfico de drogas. Proibicionismo. Seletividade punitiva. Análise de discurso. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e aprovado com grau máximo pela banca examinadora composta pelos professores Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (orientador), Augusto Jobim do Amaral e Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, em 14 de novembro de 2013

² Acadêmica de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: laura.hypolito@yahoo.com.br

1 Introdução

O presente trabalho tem por objetivo realizar uma análise acerca dos discursos utilizados pelos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no que tange ao provimento ou não dos recursos de apelação referentes ao delito de tráfico de entorpecentes, previsto no art. 33 da Lei 11.343/06.

Para tanto, aborda-se primeiro a seletividade punitiva e a exclusão social que recaem aos indivíduos que sofrem penas privativas de liberdade. Demonstra-se ainda, que essas implicações se fazem presentes àquela parcela da população a qual preenche as camadas mais vulneráveis da sociedade. Neste sentido, é exposto que a utilização do cárcere como mecanismo de contenção da criminalidade se faz ineficiente, posto que o número de indivíduos encarcerados têm aumentado de maneira expressiva e paradoxalmente a violência e a criminalidade não têm mostrado sinais de diminuição.

Após, inicia-se uma crítica no que tange ao atual sistema proibicionista e suas consequências. É brevemente exposta a origem deste, e o contexto político em que foi criado. Dando segmento, expõem-se as nocividades de se manter um sistema que além de atuar de maneira excludente e seletiva, extermina milhares de civis, todos os anos, pelo fato de não tratar com lucidez a questão das drogas.

Algumas considerações são tecidas, a respeito do atual texto legal, principalmente no que tange ao aumento da pena mínima para o delito de tráfico de entorpecentes e descriminalização do porte para uso pessoal. É demonstrado como a Lei vigente contribui de maneira direta para o aumento da população carcerária no Brasil e que, não obstante, essa tenha trazido alterações que em um primeiro momento poderiam ter se mostrado como avanço (art. 28), essas operam de maneira seletiva e dependem muito da discricionariedade dos julgadores.

Por fim, tem-se a parte mais relevante do trabalho, posto que se trata do momento em que foi realizada a pesquisa acerca dos discursos, objeto do presente artigo. Para tanto, seguindo a metodologia adotada, foi realizada uma análise quantitativa dos resultados e, após, qualitativa, momento em que houve a separação dos discursos mais relevantes para o presente trabalho.

2 Criminalização das Drogas e a Violência

2.1 A seletividade punitiva, a exclusão social e a criminalidade

Ao considerarmos a realidade social do tráfico de drogas no Brasil, é imprescindível a análise crítica, no que tange a aplicação jurídica da nova Lei de drogas. Denota-se que o novo texto legal (Lei 11.343/06) tem mudanças significativas em sua formatação, comparado ao texto que o precede. Dentre as diversas alterações, o aumento da pena mínima para o delito enquadrado no seu art. 33 (tráfico) merece o devido destaque:

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.³

A sanção prevista para este tipo penal configurava, na Lei anterior, pena mínima de 3 (três) anos, ao passo que na nova Lei esse mínimo foi aumentado para 5 (cinco) anos, o que em regra, impossibilita a aplicação de penas e medidas alternativas e acaba por ter como única resposta o encarceramento do indivíduo condenado.

Rosa Del Olmo⁴ destaca que tal tendência de enrijecimento da política de penalização dos delitos envolvendo drogas tem sua origem por volta de 1970, quando o Brasil, em resposta à *Convenção Única de Estupefacientes*, formulada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1961, cria a Lei 5.726/71, denominada Lei Antitóxicos.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, tornou inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia os crimes envolvendo tráfico de drogas, conforme o art. 5º, XLIII, *verbis*:

Art. 5º, XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem⁵ (grifo nosso).

Em 1990, a Lei dos Crimes Hediondos incluiu o tráfico no rol de delitos por ela disciplinados e, por consequência, impôs todo o peso que suas restrições geram na aplicação da pena.

³BRASIL. **Lei n. 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Droga.

⁴OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p 45.

⁵BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Neste cenário, o fato de o delito de tráfico ter sido equiparado a hediondo, e sua pena mínima ter sofrido um aumento significativo pela nova Lei de drogas, confere uma evidente desproporcionalidade à penalização do delito, conforme ressaltado por Figueiredo:

É de se notar a total desproporcionalidade de uma pena mínima de cinco anos, superior até ao patamar mínimo do crime de roubo, que requer violência ou grave ameaça, além de ter sido mantida, pelo art. 44 da nova lei, a inafiançabilidade do delito, proibida a concessão de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, bem como a conversão da pena em restritiva de direitos, o que fará com que os presos por tráfico fiquem encarcerados um tempo ainda maior.⁶

No referido contexto, o encarceramento, via de regra, tornou-se a única e exclusiva resposta ao delito de tráfico e, por consequência, impulsionou o constante crescimento da população carcerária, conforme salientado por Figueiredo:

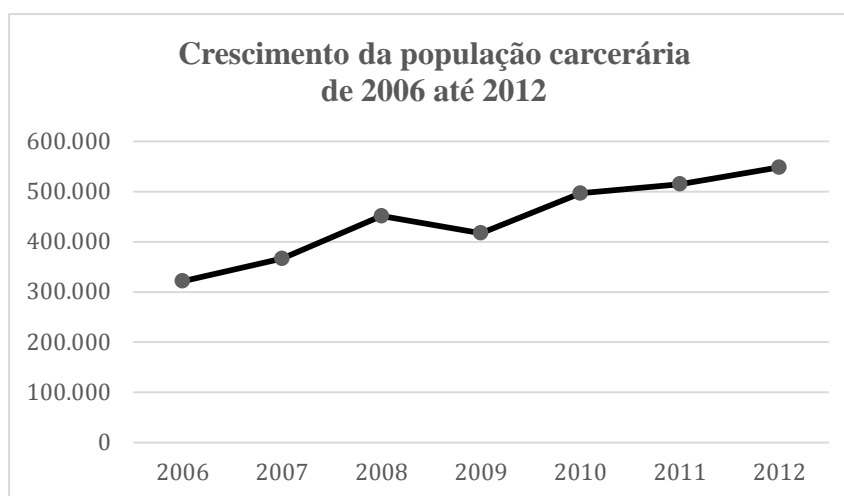
De fato, o crescimento acelerado da população carcerária em todo o País nos últimos anos deu-se em decorrência do endurecimento das penas, e envolveu especialmente os delitos equiparados a hediondos, dentre eles o tráfico de entorpecentes, antes sujeito a regime integralmente fechado. Considera-se, então, a política criminal de drogas no Brasil como um dos fatores que mais contribuiu para o agravamento da população carcerária na última década, situação que só tende a piorar com a nova lei.⁷

Tal entendimento enseja a reflexão acerca da efetividade da aplicação de penas mais severas, na busca de controlar o atual problema do tráfico de drogas. Nota-se que a tentativa de atenuar os problemas relacionados à segurança pública por meio do encarceramento tem gerado justamente o efeito contrário ao esperado, uma vez que o número de apenados tem aumentado significativamente, enquanto, ao revés, a violência não mostra sinais de diminuição.

Como se depreende do Gráfico 1, o número de encarcerados têm aumentado de forma acentuada apesar do enrijecimento das leis, o que demonstra a evidente falência e a notória contradição da atual política proibicionista:

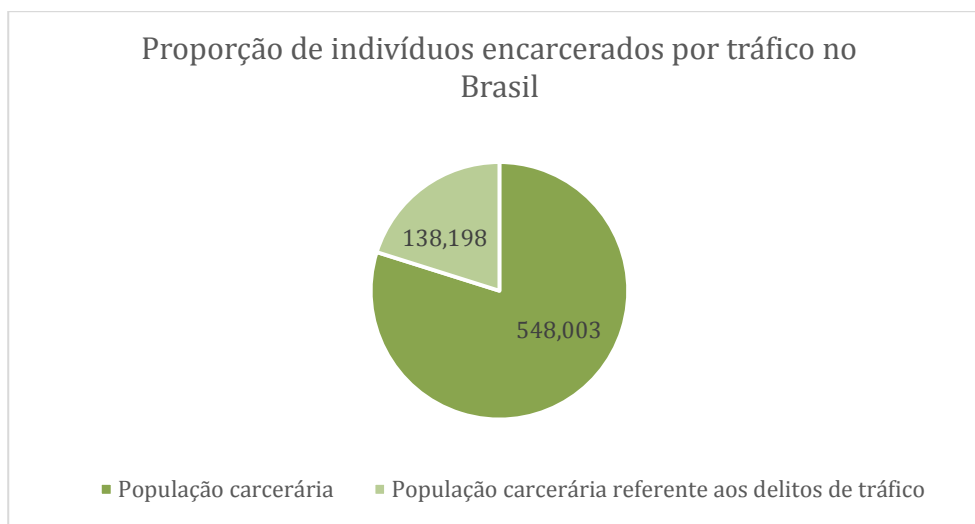
⁶FIGUEIREDO, Luciana Boiteux de. **O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade.** Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2006.

⁷FIGUEIREDO, Luciana Boiteux de. **O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade.** Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2006.

Gráfico 1 - Crescimento da população carcerária de 2006 até 2012⁸

Fonte: Hypolito, 2013

Do número de apenados referidos no Gráfico 1, constata-se que cerca de 1/5 está cumprindo pena em face de condenações ou investigações (medidas cautelares) provenientes de delitos envolvendo tráfico de entorpecentes, como demonstra o Gráfico 2:

Gráfico 2 – Proporção de indivíduos encarcerados por tráfico no Brasil⁹

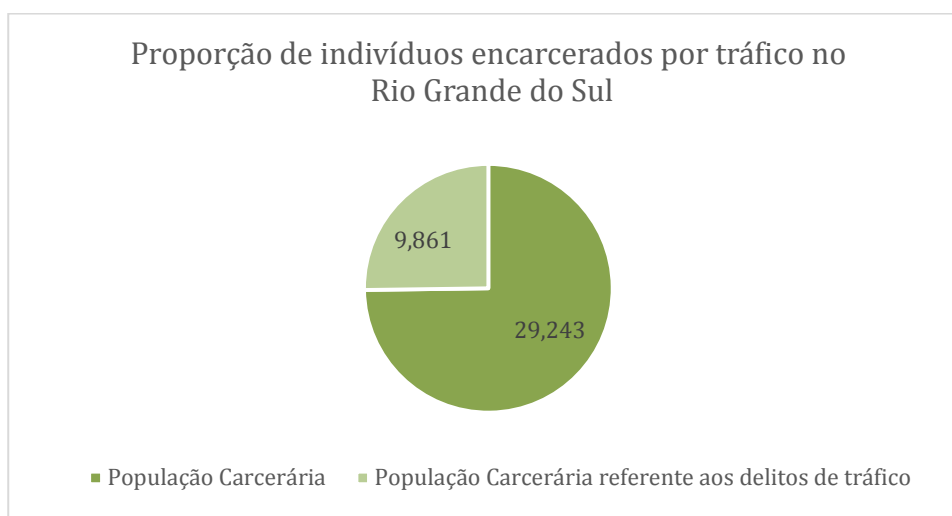
Fonte: Hypolito, 2013

⁸ Ministério da Justiça – Sistema Prisional. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em: 21 de setembro de 2013.

⁹ Ministério da Justiça – Sistema Prisional. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em: 21 de setembro de 2013.

No que se refere à proporcionalidade de apenados que respondem por delitos de tráfico de entorpecentes no Rio Grande do Sul, esse número é ainda mais expressivo. Constatase isso, uma vez que, em dezembro de 2012 a população carcerária no Estado era formada por 29.243 indivíduos. E, desse número, 1/3 dos apenados correspondiam àqueles indivíduos que cumpriam pena por tráfico de entorpecentes, como segue no Gráfico 3:

Gráfico 3 – Proporção de indivíduos encarcerados por tráfico no Rio Grande do Sul¹⁰



Fonte: Hypolito, 2013

O que se verifica é uma desarmonia de resultados, a qual torna visível o fato de que a atual política de combate às drogas não tem surtido resultados positivos e satisfatórios, uma vez que o número de encarcerados tem sofrido um aumento constante. Percebe-se que a existência de um paradoxo, o qual se forma pela necessidade de punição na busca de diminuir a violência, por meio do controle social, e a respectiva violência social que o encarceramento causa ao indivíduo que não mais é pertencente a vida extramuros.

Este cenário denota a falência do sistema prisional como medida de combate à violência e contenção da criminalidade, demonstrando que, em vez de cumprir com o fim que motiva sua criação, qual seja a reinserção do indivíduo ao ambiente social, o modelo de penalização tem impulsionado o aumento da estigmatização dos aprisionados e o aumento da criminalidade, posto que os indivíduos que sofrem sanções provenientes do encarceramento

¹⁰ Ministério da Justiça – Sistema Prisional. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em: 21 de setembro de 2013.

estão suscetíveis a retornar ao contexto da criminalidade. Sobre tal realidade, leciona Azevedo:

O sistema carcerário brasileiro está longe de ser um meio de contenção da criminalidade, tornando-se, ao contrário, cada vez mais um dos maiores propulsores do aumento da violência. Muito distante do propósito de reinserir socialmente, as prisões têm contribuído para o aumento das taxas de criminalidade. O encarceramento produz reincidência: depois de sair da prisão, aumentam as chances de voltar para ela (delinquência secundária).¹¹

Ainda neste sentido, ao tratar do sistema penal na América Latina, Vera Malagutti Batista define que esse possui “características genocidas de contenção”¹². A autora pontua que o sistema penal está estruturado não para operar dentro da legalidade processual, mas sim para exercer “seu poder com o máximo de arbitrariedade seletiva dirigida aos setores vulneráveis”¹³.

Por conta disso, considera que o exercício de poder do sistema penal não se destina a impedir a prática dos delitos, mas serve na realidade, como contenção de determinados grupos sociais, visto que são os setores mais pobres da população que acabam por sofrer, de fato, a repressão do encarceramento.

No que concerne à questão da busca do controle social por meio do cárcere, explica Fernanda Bestetti de Vasconcelos, que essa expulsão dos indivíduos da sociedade serve como forma de acalantar a ansiedade pública:

O aumento massivo da utilização do encarceramento enquanto mecanismo de controle social e separação é consequência direta do fato de haver novos amplos setores sociais que são vistos como uma ameaça à ordem social. Sua expulsão forçada do meio social pelo encarceramento é verificada como uma forma eficaz de neutralizar a ansiedade pública provocada por essa ameaça. O cárcere não representa apenas imobilização, mas principalmente a expulsão: ele significa uma prolongada ou mesmo, e muito provavelmente, definitiva exclusão social.¹⁴

Em verdade, as políticas de combate às drogas e o atual sistema punitivo selecionam os indivíduos que são predispostos ao cumprimento das sanções penais. E a nova lei de drogas, por conta de não especificar a quantidade de droga que configura o tráfico ou porte para uso próprio, contribui para essa discriminação, já que essa decisão fica a mercê do poder discricionário do magistrado.

¹¹AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. **Descarcerização e segurança pública**. Revista Carta capital. Acesso em: 21.jun.2013. Disponível em: www.cartacapital.com.br/sociedade/descarcerizacao-e-seguranca-publica.

¹²BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis** – Drogas e a juventude pobre do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 55

¹³BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis** – Drogas e a juventude pobre do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 54

¹⁴VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico**. Porto Alegre: 2008, p. 26.

Esse poder de interpretação, atribuído ao julgador, coloca o usuário em risco, tendo em vista que este não tem como saber previamente se a quantidade que porta de droga o classificará como traficante, ou como usuário¹⁵. Para agravar esse problema de seletividade na discricionariedade dos julgadores, o Art. 28, §2º, da vigente Lei 11.343/06, determina que no momento em que o Magistrado decidir se a droga portada pelo indivíduo se destina ou não ao consumo pessoal, o julgador deve analisar não somente a quantidade e a natureza da substância, mas também deverá prestar a devida atenção às circunstâncias sociais e pessoais do agente, além de sua conduta e seus antecedentes¹⁶.

É inegável o fato de que o status social dos indivíduos é analisado no momento em que as sanções penais são impostas a estes. O cidadão que habita as periferias e, por conta disso, é excluído muitas vezes da educação, do trabalho e da moradia digna, faz parte da camada dos indivíduos que já têm negadas as perspectivas à uma possível ascensão social. É justamente a essas pessoas que fica reservado o papel de preenchimento do defasado e ineficaz sistema penal, visto sua vulnerabilidade social.

Campos explica que essa seletividade se inicia desde o momento da abordagem policial. O autor, que efetuou uma pesquisa sobre a origem social¹⁷ dos indivíduos condenados por tráfico na cidade de São Paulo, expõe que não são somente os lugares de abordagem que são estrategicamente escolhidos, mas também o perfil dos indivíduos abordados, uma vez que esses são, na sua grande maioria, jovens pobres, negros ou pardos. Para o pesquisador, essa seletividade, que escolhe preferencialmente seus personagens e seu cenário, trata-se de “uma profecia que se auto-cumpre, eles só procuram em determinados lugares e de tanto procurar, encontram”¹⁸.

Como afirma Nilo Batista, o sistema penal atua de forma máxima em setores em que o Estado tem participação mínima.¹⁹ A vulnerabilidade econômica e social desses agentes, pouco alcançados pelas políticas públicas, os torna alvo da seletividade punitiva estatal, que acaba por privilegiar uma pequena parcela da população, enquanto exclui e segrega outra, por meio do encarceramento.

¹⁵BOITEUX, Luciana. **Aumenta o consumo.** O proibicionismo falhou. Revista Le Monde Diplomatique Brasil. Acesso em: 11 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=541>.

¹⁶Art. 28, § 2º, da Lei 11.343/2006.

¹⁷Campos afirma usar o termo *origem social* e não *perfil social*, por considerar que o primeiro é mais preciso do que o segundo.

¹⁸CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Seletividade da atuação policial na aplicação da Lei de drogas.** Entrevista para a revista Forum. Disponível em: <http://revistaforum.com.br/blog/2013/10/sociologo-critica-seletividade-da-atuacao-policial-na-aplicacao-da-lei-drogas/>. Acesso em: 13 de outubro 2013.

¹⁹BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 20, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 142

Tratando-se do status social como circunstância negativa para a atribuição de sanções penais ao indivíduo, pontua Alessandro Baratta, que a pena detentiva é utilizada aos grupos sociais marginalizados, considerando-se como menos danosa ao status social já baixo destes indivíduos:

Considerando enfim, o uso de sanções pecuniárias e sanções detentivas, nos casos em que são previstas, os critérios de escolha funcionam nitidamente em desfavor dos marginalizados e do sub-proletariado, no sentido de que prevalece a tendência a considerar a pena detentiva como mais adequada, no seu caso, porque é menos comprometedora para o seu status social já baixo, e porque entra na imagem normal do que frequentemente acontece a indivíduos pertencentes a tais grupos sociais [...] Assim, as sanções que mais incidem sobre o status social são usadas, com preferência, contra aqueles cujo status social é mais baixo.²⁰

Depreende-se disso que, em regra, os indivíduos que efetivamente sofrem as causas danosas do cárcere são aqueles que, além de não possuírem recursos para lutar contra o atual sistema discriminatório de aplicação punitiva, são mais suscetíveis a cometer novos delitos, visto a falta de perspectiva que a desigualdade social gera e que o encarceramento, e sua respectiva estigmatização, fomentam.

Como pontua Vera Malagutti Batista, “a prisão marca o excluído que ao nela entrar foi duplamente excluído, criando um círculo vicioso retificador da segregação e da estigmatização”²¹.

Outrossim, o atual sistema penal, alimenta a ideia de que a população periférica é a que gera a criminalidade²² e impulsiona a violência urbana, causadora do constante sentimento de medo e insegurança²³. No entanto, a este respeito, seguindo o entendimento da criminologia crítica²⁴, Vera Malagutti Batista esclarece que:

Às vezes, há uma falsa posição que relaciona a questão criminal com a miséria e a pobreza. Os mais conservadores fazem essa associação, e isso fica equacionado de uma forma quase ofensiva à pobreza. É como se a pobreza produzisse a criminalidade. Quem trabalha na perspectiva da criminologia crítica costuma dizer que a pobreza é criminalizada.²⁵

²⁰BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 52.

²¹BATISTA, Vera Malagutti. **Díficeis ganhos fáceis – Drogas e a juventude pobre do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 48.

²²Para Jock Young, quem acredita que a criminalidade é monopólio das classes mais baixas, se trata de um ser humano ingênuo. YOUNG, JOCK. **A sociedade excludente**. Rio de Janeiro, Revan, 2002, p. 47

²³ZALUAR, Alba. **Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas, p. 43**.

²⁴O conceito de criminologia crítica é surge como consequência da obra Criminologia Crítica de Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young, que agrega artigos de diversos criminólogos, os quais têm como base teórica o materialismo histórico. MALAGUTI BATISTA, Vera. **Díficeis ganhos fáceis – drogas e a juventude pobre do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, Revan. 2003, p. 53.

²⁵BATISTA, Vera Malagutti. **A criminalização da pobreza**. Entrevista para Amaivos. Disponível em: http://amaivos.uol.com.br/amaivos09/noticia/noticia.asp?cod_noticia=7098&cod_canal=41. Acesso em: 15 de março de 2013.

A falsa impressão de que a pobreza é fato gerador da criminalidade, em verdade, é resultado de o Direito Penal Brasileiro - o qual ainda não superou barreiras causadas pela estigmatização de determinados grupos - ser seletivo e vertical em sua aplicação, como demonstra ainda a autora:

Utilizando amplamente o exercício do poder de sequestro e estigmatização, o verdadeiro e real poder do sistema penal não é o repressor mas o exercício positivo, configurador, simbólico. Existe uma renúncia expressa à legalidade penal através de um controle militarizado e verticalizado sobre os setores mais pobres da população ou sobre os dissidentes.²⁶

Seguindo tal entendimento, alerta Alessandro Baratta que:

O aprofundamento da relação entre o direito penal e desigualdade conduz, em certo sentido, a inverter os termos em que esta relação aparece na superfície do fenômeno descrito. Ou seja: não só as normas do direito penal se formam e se aplicam seletivamente, refletindo as relações de desigualdade existentes, mas o direito penal exerce, também, uma função ativa, de reprodução e de produção, com respeito às relações de desigualdade.

Em primeiro lugar, a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, e especialmente o cárcere, é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade. Incidindo negativamente sobretudo no status social dos indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos, ela age de modo a impedir sua ascensão social. Em segundo lugar, e esta é uma das funções simbólicas da pena, a punição de certos comportamentos ilegais, que permanecem imunes ao processo de criminalização. Desse modo, a aplicação seletiva do direito penal tem como resultado colateral a cobertura ideológica desta mesma seletividade²⁷

Como já foi dito, a classe social é um dos fatores determinantes para a criminalização dos indivíduos. Como se pode constatar no gráfico abaixo, mais de 2/3 da população carcerária do Brasil não possui nem mesmo o Ensino Fundamental completo, conforme demonstra a Tabela 4:

Tabela 1 – Nível de escolaridade dos presos²⁸

Categoria: Perfil do Preso	Masculino	Feminino	Total
Indicador: Quantidade de Presos por Grau de Instrução	482,073	31,64	513,713
Item: Analfabeto	26,62	1,193	27,813
Item: Alfabetizado	62,323	1,779	64,102
Item: Ensino Fundamental Incompleto	219,241	12,188	231,429
Item: Ensino Fundamental Completo	58,541	3,634	62,175

²⁶BATISTA, Vera Malaguti. **Díficeis ganhos fáceis** – Drogas e a juventude pobre do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 54.

²⁷BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 166.

²⁸Ministério da Justiça – Sistema Prisional. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em: 21 de setembro de 2013.

Item: Ensino Médio Incompleto	53,45	3,32	56,77
Item: Ensino Médio Completo	35,76	3,028	38,788
Item: Ensino Superior Incompleto	3,632	451	4,083
Item: Ensino Superior Completo	1,8	250	2,05
Item: Ensino acima de Superior Completo	120	9	129
Item: Não Informado	22,92	900	23,82

Depreende-se destes elementos, que os indivíduos encarcerados se tratam, de fato, dos pertencentes às camadas mais empobrecidas da sociedade, eis que essa situação – baixo grau de escolaridade - não é a realidade das classes média e alta no Brasil.

Para Jock Young, a exclusão, atualmente, se dá em três níveis: “exclusão econômica dos mercados de trabalho, exclusão social entre pessoas na sociedade civil, e nas atividades excludentes sempre crescentes no sistema de justiça criminal e da segurança”²⁹.

A criminalidade em si já é uma exclusão, assim como suas tentativas de controle: cárcere e estigmas.³⁰ Há os que acreditam que a sociedade é dividida entre homens bons, e homens maus. Quem acredita nessa dicotomia simplicista, pensa ser necessária a forte repressão por meio de leis severas que excluam o indivíduo considerado violento do convívio social.³¹

O problema relacionado à segurança pública no Brasil é visto, na grande maioria das vezes, e pela grande maioria das pessoas, de forma superficial, como um problema que deve ser contido pelo combate árduo aos sujeitos considerados criminosos. Nesse sentido, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo explica:

Nesse contexto, os problemas de segurança apresentados são reduzidos aos desejos de exacerbação e ampliação dos meios de combate ao crime. Equivocadamente a repressão torna-se a única saída vislumbrada pelo coro da opinião pública, produzida e amplificada pela mídia de massas. Criminalidade e combate ao crime são tradicionalmente temas políticos conservadores e se adequam privilegiadamente a estratégias populistas.³²

Essa minimização do real problema ocorre em virtude de que, na tentativa de conter os problemas da criminalidade e da violência, os meios utilizados “baseiam-se frequentemente em uma percepção equivocada, mas são uma percepção equivocada do real e não um problema imaginário”³³.

²⁹ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**. Rio de Janeiro. Revan. 2002. p. 47

³⁰ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**. Rio de Janeiro. Revan. 2002. p. 49

³¹ SHECAIRA, Sergio Salomão. **Tolerância Zero**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 77, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 270.

³² AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. **Segurança pública e direitos fundamentais**. Porto Alegre, 2008. p. 28

³³ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**. Rio de Janeiro. Revan. 2002. p. 49.

Ou seja, a violência de fato existe. Não obstante, reduzir o problema da criminalidade para a simples dicotomia “pessoas boas e pessoas ruins” ultrapassa os limites da ingenuidade, laborando-se, em verdade, em patamares que tangenciam a ignorância. Simplificar de maneira tão ligeira a questão da violência é negar os problemas sociais tão presentes no Brasil, os quais geram uma “violência permanente nas relações de cidadania”³⁴. Significa ir a contraponto à ideias como as de Durkheim, que afirma ser a sociedade um organismo, onde não somente uma célula deve ser observada, mas todos os órgãos em conjunto.³⁵

Mas não é sem motivo que a população clama pela repressão na busca de sanar o constante sentimento de insegurança. Há muito tempo o discurso sobre violência e insegurança se tornou crônico e também mercadoria dos meios de comunicação de massa, como tradição³⁶. O que de certa forma, acaba por servir de supedâneo ao sentimento da população, que busca a punição daquele por ela considerado violento.

No que tange a este clamor por punição, Ruth Gauer pontua que a “compulsão pela ordem” se faz presente nas sociedades, sejam estas inseridas na realidade de regimes democráticos ou totalitários.³⁷

Ao se manifestar sobre a questão do comportamento da mídia frente a questões relacionadas ao consumo de drogas e as causas danosas de seu proibicionismo – como exemplo crucial, a brutalidade policial - Luiz Eduardo Soares afirma que essa opera por filtros, e que existe pouca pluralidade, visto que as informações transferidas pelos órgãos de comunicação se restringem a informações consideradas relevantes à classe média.³⁸

O tráfico de drogas é considerado um dos principais causadores do aumento da violência, seja pelos conflitos internos – disputas territoriais de venda – ou por batalhas com as forças policiais. Igualmente, também amparam tal crescimento os crimes cometidos por jovens, na busca de promover o sustento de seu vício.³⁹ Quanto à violência policial frente ao problema do tráfico, merecem destaque as *milícias privadas* conceituadas por André Ribeiro Giamberardino:

³⁴ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Tráfico de drogas e o conceito de controle social**: reflexões entre a solidariedade e a violência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 83, São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 196.

³⁵ DURKHEIM, Émile. **Educação e sociologia**. Edição 70, 2013, p. 68.

³⁶ SILVA, Hélio R. S. **Violência e liberdade**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 76, São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 251.

³⁷ GAUER, Ruth M. Chittó. **A sedução da liberdade frente à obsessão pela segurança**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 76, São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 329

³⁸ SOARES, Luiz Eduardo. **Proibição do consumo de drogas não é forma de controle eficaz**. Disponível em: <http://www.luizeduardosoares.com/?cat=6&paged=3>

³⁹ MISSE, Michel. **Crime, sujeito e sujeição criminal**: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria “bandido”. São Paulo: Lua Nova. 2010. p. 20.

Acresce-se ao panorama um novo e adicional fator que é o surgimento das chamadas *milícias privadas*, grupos armados e violentos de caráter “paraestatal” e “paramilitar” cujos membros são com frequência oriundos de grupos de extermínio ou da própria polícia. As milícias são um fenômeno recentíssimo e podem ser interpretadas como um desdobramento da violência policial e das execuções sumárias, na medida em que são criadas com o objetivo declarado de eliminar ladrões e traficantes.⁴⁰

E nessa busca explícita de dizimar estes determinados grupos, as forças policiais atuam, de maneira e de fato, a consumir esse desejo de aniquilação. Michel Misse demonstra que nos últimos anos, a força policial do Rio de Janeiro admitiu ter matado 4 (quatro) mil civis em conflitos armados contra traficantes:

Apenas nos últimos cinco anos, a polícia do Rio de Janeiro reconheceu oficialmente que matou 4.000 civis em conflitos armados em morros e favelas, mas atribuiu a essas vítimas fatais – como justificativa – a categoria de “bandidos”, “traficantes”. Como são traficantes e como reagiram aos tiros da polícia, podem legalmente ser mortos, embora alguns apresentassem traços de execução à queima-roupa.⁴¹

Com a relativa omissão da grande mídia e o constante sentimento da população de que “bandido bom é bandido morto”, essas operações policiais se legitimam.⁴² Muito em resposta a essas atrocidades policiais, os pequenos traficantes, enfrentam, na mesma perspectiva belicista, a força policial. Esses, na grande maioria das vezes, jovens, preferem correr o risco da morte, do que se entregarem à polícia⁴³.

E é neste cenário - no qual a polícia se corrompe, o traficante amedronta e o jovem é morto - que o sistema proibicionista segue procurando moldar sua legitimação.

2.2 O Proibicionismo

Salo de Carvalho, ao tratar o processo de criminalização das drogas, entende ser esse “produto eminente moralizador, incorporado à perspectiva de punição de opções pessoais e de proliferação de culpa e ressentimentos próprios das formações judaico-cristãs ocidentais”⁴⁴. Seguindo essa proposta, Nilo Batista considera que a produção jurídico-penal do momento em que se iniciou o processo de demonização das drogas ilícitas deve ser compreendida no contexto da Guerra Fria, vez que essas substâncias eram consideradas “estratégia do bloco

⁴⁰ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Tráfico de drogas e o conceito de controle social: reflexões entre a solidariedade e a violência.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 83, São Paulo: Revista dos Tribunais.

⁴¹ MISSE, Michel. **Sobre a acumulação social da violência no Rio de Janeiro.** *Civitas*, n. 8. Porto Alegre. 2008. p. 384

⁴² MISSE, Michel. **Sobre a acumulação social da violência no Rio de Janeiro.** *Civitas*, n. 8. Porto Alegre. 2008. p. 383

⁴³ MISSE, Michel. **Sobre a acumulação social da violência no Rio de Janeiro.** *Civitas*, n. 8. Porto Alegre. 2008. p. 383

⁴⁴ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (estudo Criminológico e Dogmático).** RJ: Lumen Juris, 2010. p. 9.

comunista, para solapar as bases morais da civilização cristã ocidental, e que o enfrentamento deveria valer-se de métodos e dispositivos militares”.⁴⁵

Ao analisar os discursos que cercam a proibição das “drogas arbitrariamente selecionadas e tornadas ilícitas”⁴⁶, Rosa Del Olmo afirma que muito mais relevante do que a substância em si, é o discurso que permeia essa. E, estes discursos, apesar de ocultarem e confundirem a verdadeira realidade social das drogas, dado a sua contradição, ainda “se apresentam como modelos universais”⁴⁷.

A respeito da distorção no que se refere aos discursos e a definição das drogas e de sua proibição, a autora ainda pontua:

Basta rever a proliferação, nos últimos anos, de livros, artigos e entrevistas sobre a droga, cheios de preconceitos morais, dados falsos e sensacionalistas, onde se mistura a realidade com a fantasia, o que só contribuiu para que a droga fosse assimilada à literatura fantástica, para que a droga se associasse ao desconhecido e proibido, e, em particular, ao temido.⁴⁸

Assim, percebemos como a demonização das drogas e dos discursos referentes à essas têm importante papel na construção do medo e da respectiva aceitação da sociedade ante os mecanismos punitivos e estigmatizadores.

As drogas nem sempre foram proibidas, no entanto, desde que se há conhecimento, elas foram utilizadas. A política proibicionista inicia no começo do século 20 (vinte) e “subiu de tom a partir da década de 1970, passando a explicitamente associar o sistema penal à guerra”⁴⁹. E de fato em 1971, Nixon, o então Presidente dos EUA, declarava “guerra às drogas”⁵⁰.

A grande inimiga norte-americana na época, e que necessitava ser combatida por meio da guerra, era a heroína. A substância foi considerada sinônimo de perturbação social e estava sendo consumida pela juventude da classe média, o que constituía um fato novo, haja vista

⁴⁵ BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 20, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 140.

⁴⁶ Maria Lucia Karam usa essa descrição para as drogas ilícitas. A partir do entendimento de que as drogas foram estrategicamente separadas em dois grupo: as lícitas e as ilícitas. A autora ainda frisa que essa distinção, que se dá somente pelo fato de algumas substâncias serem consideradas ilegais e outras não, fere diretamente o princípio da isonomia, vez que impõe tratamento diferenciado para os produtores, vendedores e consumidores das substâncias. KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais**. 32 p. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>. Acesso em: 21 set. 2013.

⁴⁷ OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 22.

⁴⁸ OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 21 e 22.

⁴⁹ KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: Dos perigos da proibição à necessidade da legalização**. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>. Acesso em: 21 set. 2013.

⁵⁰ KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: Dos perigos da proibição à necessidade da legalização**. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>. Acesso em: 21 set. 2013.

que “antes se limitava aos guetos urbanos e não havia chegado à juventude branca”⁵¹. O Presidente Nixon, ao se referir à droga, classificou esta como “o primeiro inimigo público não econômico”. Ao qualificar a heroína desta forma, segundo Rosa Del Olmo, “permitia iniciar o discurso político para que a droga começasse a ser percebida como ameaça à ordem”.⁵²

Marcos Rolim sustenta haver ironia nessa “guerra às drogas” proclamada pelos EUA, considerando-se que o país já havia vivido no passado, a experiência do insucesso e dos efeitos nocivos da proibição irracional⁵³. Em 1920, foi instituída a Lei Seca, que durou treze anos, e foi marcada não só pelo fracasso, mas também por todas as circunstâncias danosas que caminham junto com a proibição: superlotação de presídios, estruturação da máfia, corrupção das polícias e severos danos causados à saúde pública, visto que a venda de álcool metílico, consumido como substituto das bebidas então proibidas, deixou mais de 30 (trinta) mil mortos e mais de 100 (cem) mil casos de indivíduos que sofreram com lesões permanentes.⁵⁴

Apesar da experiência falida que os EUA viveram no passado, a guerra contra as substâncias ilícitas se manteve e se fortaleceu, o que mostra a falta de lucidez para com o real problema.

A disseminada expressão “guerra às drogas”, que logo se espalhou pelo mundo, torna clara, em seu significado, a ideologia bélica que “dá a tônica do controle social exercitado através do sistema penal nas sociedades contemporâneas”⁵⁵. Pode-se dizer que três convenções internacionais, proferidas pela ONU e assinadas por dezenas de países, tiveram papel importante para expandir fronteiras territoriais e arrebanhar países à tão exaltada “guerra às drogas”.⁵⁶

Como precursora, tem-se a Convenção Única sobre Entorpecentes, do ano de 1961, seguida pelo Convênio Sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e pela Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes, conhecida por Convenção de Viena, que ocorreu no ano de 1988, e foi sancionada pelo Brasil em 1991.⁵⁷

Maria Lúcia Karam expõe que, influenciando-se pelos acordos internacionais, é iniciada uma tendência punitiva global:

⁵¹ OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 39.

⁵² OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 39.

⁵³ ROLIM, Marcos. **Quando o fracasso sobe à cabeça**: a ausência de Lucidez na política criminal de drogas. Disponível em: <http://www.sinprors.org.br/extraclasse>. Acesso em: 30 de setembro de 2013.

⁵⁴ ROLIM, Marcos. **Quando o fracasso sobe à cabeça**: a ausência de Lucidez na política criminal de drogas. Disponível em: <http://www.sinprors.org.br/extraclasse>. Acesso em: 30 de setembro de 2013.

⁵⁵ KARAM, Maria Lúcia. **Proibição às drogas e violação à direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>. Acesso em: 21 de setembro 2013.

⁵⁶ OLMO, Rosa Del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 45.

⁵⁷ KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: é preciso legalizar**. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>. Acesso em: 21 de setembro de 2013.

Materializando-se na criminalização de condutas massivamente praticadas em todo o mundo, a proibição às drogas tornadas ilícitas forneceu e fornece o impulso requerido pela consolidação de uma globalmente uniforme tendência punitiva e uma expansão do poder punitivo sem paralelos.⁵⁸

E foi nos moldes internacionais que o Brasil inspirou seu modelo proibicionista, afirma Rosa Del Olmo, no início da década de 70 (setenta), como resposta às sugestões da Convenção Única Sobre Estupefacientes de 1961, o Brasil cria a Lei 5.727/71⁵⁹.

O atual modelo proibicionista adotado pelo Brasil segue o padrão dos EUA⁶⁰ e é o quarto que mais encarcera no mundo, ficando atrás apenas dos EUA, da China e da Rússia. Nota-se que a população carcerária dos EUA tem mostrado certa estagnação nos últimos anos, no entanto essa característica não tem se repetido no Brasil, posto que o crescimento do número de indivíduos que “habitam”⁶¹ os presídios brasileiros é contínuo. Constata-se que nas últimas duas décadas, o Brasil quadruplicou o número de seus apenados⁶².

Pode-se dizer que a nova Lei de Drogas 11.343/06⁶³, por ter aumentado a pena mínima para o delito contido no art. 33, passando-a de 3 (três) para 5 (cinco) anos - o que em regra, implica que o indivíduo cumpra pena de prisão, não podendo ainda, responder ao processo em liberdade – teve, e ainda tem, importante papel no atual problema de superlotação do sistema carcerário.

De acordo com Maria Lúcia Karam, desde 2005, quando os dados começaram a informar também qual a espécie do delito cometido pelos indivíduos acusados ou condenados, pode-se perceber que os encarcerados pelo delito de tráfico praticamente triplicaram: em 2005 eram 9,1% dos presos, em 2012 esse número passa para 26,9%⁶⁴. Ao percebermos que foi justamente no ano de 2006 que a nova Lei entrou em vigor, não há como não relacionarmos diretamente a problemática da mudança do texto legal com o aumento gritante do número de encarcerados que respondem por esse delito.

⁵⁸ KARAM, Maria Lúcia. **Proibição às drogas e violação à direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>. Acesso em: 21 de setembro de 2013.

⁵⁹ OLMO, Rosa Del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 45.

⁶⁰ Os EUA, berço do atual modelo proibicionista, é o país com a maior população carcerária do planeta.

⁶¹ Por considerar a realidade dos presídios brasileiros, não há como o presente trabalho atribuir a ligação entre o verbo habitar com estas casas de detenção. Isso não se faz possível, vez que sabe-se e repudia-se todo o sofrimento humano e social, que é atribuído aos indivíduos que sofrem sanções desumanas, decorrentes do cumprimento da pena de prisão no Brasil.

⁶² KARAM, Maria Lúcia. **Proibição às drogas e violação à direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>. Acesso em: 21 de setembro de 2013.

⁶³ BRASIL. **Lei n. 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Droga.

⁶⁴ KARAM, Maria Lúcia. **Proibição às drogas e violação à direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>. Acesso em: 21 de setembro de 2013.

Este abarrotamento dos presídios é reflexo de anos de uma política criminal falida e voltada não para uma possível reinserção social, como prevê o artigo primeiro da Lei de Execuções Penais⁶⁵, mas sim para a exclusão e expulsão social definitivas dos indivíduos que sobre o cárcere recaem.

A grande questão é: apesar de o proibicionismo ter se mantido e se estruturado ao longo de décadas, esse não se mostra e nunca se mostrou eficaz. Os condenados e acusados por tráfico de drogas no Brasil ocupam a segunda maior posição no que se refere ao número de apenados por delito, perdendo somente para os crimes contra o patrimônio. Não obstante, não há diminuição no que se refere a oferta ou ao consumo de substâncias ilícitas⁶⁶. Corroboram para tal verificação os ensinamentos de Luciana Boiteaux:

A opção pela repressão penal sobre as drogas ilícitas se mostrou cara e ineficaz na proteção da saúde pública, pois a produção é atuante, o consumo não foi controlado, as drogas estão mais potentes e as penitenciárias cheias de pequenos traficantes de drogas. O mercado ilícito é altamente lucrativo e o tráfico movimentava bilhões de dólares em todo o mundo.⁶⁷

Depreende-se desta ideia que proibir determinada substância não faz com que esta seja menos procurada. O indivíduo que deseja fazer uso de determinada substância ilícita o fará, assim como quem deseja vendê-la. Quando existe oferta, existe procura, e no que se refere às drogas, essa regra básica de economia não se faz diferente⁶⁸. O que o proibicionismo - e o consequente encarceramento dos indivíduos - acarreta não é o fim ou a diminuição do uso ou da venda das substâncias, mas sim a rápida substituição tanto de quem compra, quanto de quem vende.⁶⁹ Isso porque a prisão não impede que a droga seja vendida, mas apenas torna os personagens dessa conjuntura efêmeros.

Os microtraficantes⁷⁰ fazem parte da grande maioria dos indivíduos que de fato são presos pelo delito de tráfico e são, em grande parte, jovens que não possuem condições financeiras que possibilitem o acesso a defesa, seja perante a força policial ou seja perante os

⁶⁵ “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.” LEP.

⁶⁶BOITEUX, Luciana. **Aumenta o consumo**. O proibicionismo falhou. Revista Le Monde Diplomatique Brasil. Acesso em: 11 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=541>.

⁶⁷BOITEUX, Luciana. **Aumenta o consumo**. O proibicionismo falhou. Revista Le Monde Diplomatique Brasil. Acesso em: 11 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=541>.

⁶⁸Lei da Oferta e da Procura.

⁶⁹BOITEUX, Luciana, WIECKO, Ella Volkmer de Castilho (Coord.). **Tráfico e Constituição**. Série Pensando o Direito no 1/2009. Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 94.

⁷⁰Para Mingardi, o microtraficante representa o último elo do comércio de drogas. Se trata do indivíduo que tem a pobreza como característica e vende pequenas porções de droga (crack, maconha e cocaína). Além de exercer ações individuais, ou, no máximo, de quadrilhas desorganizadas. (MINGARDI, Guaracy, op. cit., p. 131 e ss. Apud à **pesquisa tráfico e constituição**, acima citada).

grandes traficantes, para os quais estes indivíduos, muitas vezes, trabalham com o intuito de sustentar o próprio vício.⁷¹

O Brasil tem para os crimes relacionados às drogas ilícitas, penas exacerbadas e um sistema punitivo de guerra que obtém por si resultados genocidas⁷². Visto isso, Vera Regina Pereira Andrade transpõe ser “senso comum” acreditar que o combate à criminalidade e ao tráfico de drogas no Brasil é falho por conta da inexistência de uma política criminal mais atuante:

A hipótese aqui desenvolvida e fundamentada rompe com este senso comum precisamente ao afirmar que tal política “existe” e tem uma coerência interna. Trata-se de uma política de guerra, combate ou beligerância (genocida) que, inserida num processo de transnacionalização ou globalização do controle social – é potencializada, no Brasil, por uma tríplice base ideológica: a ideologia da defesa social (em nível dogmático) completada pela ideologia da segurança nacional (em nível de Segurança Pública), ambas ideologias em sentido negativo instrumentalizadas (no nível legislativo) pelos movimentos de Lei e Ordem (como sua ideologia em sentido positivo).⁷³

A questão é que há uma política criminal atuante, não obstante esta não atue de maneira a obter a redução da violência decorrente das drogas, mas sim propiciando seu agravamento, pelo viés da proibição⁷⁴.

Os danos decorrentes da “guerra às drogas” são mais gravosos e agressivos do que o consumo das substâncias em si. Nilo Batista, que elucida o tratamento da política criminal de drogas como sendo “uma política criminal com derramamento de sangue”⁷⁵, aduzindo que se poderá imaginar “a surpresa do pesquisador que um dia comparar o número de pessoas mortas pelas drogas, por overdose, debilitação progressiva ou qualquer outro motivo, com o número de pessoas mortas pela guerra contra as drogas”⁷⁶.

Os danos causados pela insistência em manter um regime proibicionista que existe há mais de 100 (cem) anos e que declarou guerra às drogas há mais de quatro décadas, são extremamente maléficos e destrutivos para os indivíduos pertencentes às camadas mais pobres e excluídas. A proibição acarreta não só a superlotação dos presídios, mas também as

⁷¹BOITEUX, Luciana, WIECKO, Ella Volkmer de Castilho (Coord.). **Tráfico e Constituição**. Série Pensando o Direito no 1/2009. Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 89.

⁷²ANDRADE, Vera Regina Pereira. In prefácio de CARVALHO. **A política criminal de drogas no Brasil (estudo Criminológico e Dogmático)**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. xxii.

⁷³ANDRADE, Vera Regina Pereira. In prefácio de CARVALHO. **A política criminal de drogas no Brasil (estudo Criminológico e Dogmático)**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. xxii

⁷⁴KARAM, Maria Lúcia. **Proibição às drogas e violação à direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>. Acesso em: 21 de setembro de 2013.

⁷⁵BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, nº 20, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 145.

⁷⁶BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, nº 20, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 145.

doenças por conta do consumo clandestino e a falta de controle das substâncias⁷⁷, além de ser o causador de inúmeras mortes, decorrentes não do uso ou abuso das substâncias, mas sim da violência e da coerção em que são expostas as pessoas pertencentes aos setores mais vulneráveis da sociedade.

Ironicamente, a derrota do atual modelo proibicionista não tem gerado frustração e sentimento de insucesso, mas sim o inverso. O fato é que a grande massa popular, que é movida pelo senso comum e manobrada pela *mass media*⁷⁸ e pelos setores conservadores, aceita e clama pela punição e o encarceramento dos indivíduos considerados “marginais”. Isso demonstra que o notável fracasso da política de drogas não é recebido e nem tratado de maneira racional pelos setores ignorantes da sociedade, que têm implantada essa falsa ideia de ser a punição imposta em demasia a resposta para o fim da violência pública e do constante sentimento de insegurança.

Vera Malagutti Batista analisa essa posição como “relação sado-masoquista” para com a atual política criminal bélica relacionada às drogas. E pontua:

O fato é que esta política criminal bélica, pródiga em fracassos, se aprofunda na proporção inversa ao insucesso. Numa espécie de relação sado-masoquista, quanto mais apanhamos da nossa política criminal, mais nos apegamos a ela. As novidades que surgem apontam para os redutos eleitorais de classe média e alta.

Ao observar a insistência brasileira nas políticas criminais falidas de repressão e proibição referentes às drogas, Marcos Rolin alerta para a falta de lucidez referente ao tratamento dado às drogas. Afirma ainda, que o extrato negativo da proibição e o sofrimento social acarretado por essa, são mais danosos que o uso das substâncias. Além de tudo, demonstra que todos os países que aderiram à *war on drugs*⁷⁹, além de não obterem os resultados esperados, tiveram suas taxas de violência elevadas de forma expressiva.

No caso brasileiro, chama a atenção que nossos políticos sigam falando em “combater o tráfico de drogas” como se houvesse algum discernimento na tarefa de secar gelo. Apostando na ausência de reflexão e na demonização das drogas, os “senhores da guerra” escondem o fato de que os efeitos agregados pelo tráfico de drogas são muito mais danosos do que os efeitos danosos de todas as drogas ilegais somadas.⁸⁰

(....)

Os resultados mais concretos das políticas proibicionistas, entretanto, não foram a redução do consumo de drogas ou dos negócios ilegais, mas o aumento exponencial

⁷⁷ KARAM, Maria Lúcia. **Proibição às drogas e violação à direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>. Acesso em: 21 setembro de 2013.

⁷⁸ Jock Young afirma ser a *mass media*, a grande responsável por formar estereótipos. O autor ainda critica a atuação da mídia sensacionalista, por alimentar a irracionalidade da população sobre temas que demandam tratamento e entendimento racional. YOUNG, Jock. *Drugs: absolutism, relativism and relativism*. 2010, p. 2.

⁷⁹ Guerra às Drogas.

⁸⁰ ROLIM, Marcos. Quando o fracasso sobe à cabeça: a ausência de Lucidez na política criminal de drogas. Disponível em: <http://www.sinprors.org.br/extraclassa> Acesso em: 30 de setembro de 2013.

da população carcerária, o agravamento da violência letal e a disseminação da corrupção. Em todos os países que seguiram este rumo, os sistemas penitenciários explodiram, as taxas de homicídio cresceram vertiginosamente e segmentos das próprias polícias e de outras agências do Estado se tornaram sócios do tráfico, atuando como forças infiltradas a serviço do crime organizado.⁸¹

De tudo isso, pode-se concordar com a afirmação de que “a ‘guerra às drogas’ não é e nunca foi propriamente uma guerra contra as drogas”. Na verdade, se trata de uma guerra contra pessoas⁸², que atua incisivamente em desfavor dos mais vulneráveis, formadores das camadas mais empobrecidas. Uma guerra, que como toda, passa por cima de princípios fundamentais de proteção aos indivíduos e segrega, exclui e elimina qualquer pessoa que ousar não se adequar às medidas irracionais de controle e de repressão a elas impostas.

Sobre a falência, insistência e a respectiva negação referente à guerra às drogas e sua problemática, Luiz Eduardo Soares pontua que essa “constitui o mais escandaloso fracasso de política pública transnacional continuada, nas últimas décadas, sem que o resultado pareça importar aos governos que a implementam”.⁸³

Sabidamente alertou Nilo Batista, ao dizer que o modelo bélico de política criminal no Brasil “não representa uma metáfora acadêmica, e sim a intervenção dura e frequentemente inconstitucional de princípios de guerra no funcionamento do sistema penal”.⁸⁴

3 A Construção do Atual Modelo de Política de Drogas e a Lei 11.343/06

A década de 60 (sessenta) impôs, a muitos países, as mazelas e sofrimentos causados pela repressão de regimes autoritários. A este respeito, contextualiza Salo de Carvalho que nessa época, “o uso de entorpecentes aparece como instrumento de protesto contra políticas belicistas e armamentistas”⁸⁵.

Da mesma forma, na década de 60 (sessenta), o Brasil viveu um período marcado pela repressão e pelo controle exacerbado dos indivíduos. Nilo Batista, em seu artigo intitulado “Política criminal com derramamento de sangue” dividiu o modelo brasileiro, referente ao

⁸¹ROLIM, Marcos. Quando o fracasso sobe à cabeça: a ausência de Lucidez na política criminal de drogas. Disponível em: <http://www.sinprors.org.br/extraclasse> Acesso em: 30 de setembro de 2013.

⁸²KARAM, Maria Lúcia. Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais. 32 p. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>. Acesso em: 21 de setembro de 2013. KARAM, Maria Lúcia. **Proibição às drogas e violação à direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>. Acesso em: 21 de setembro de 2013.

⁸³Luiz Eduardo Soares, texto do site proibicionismo e controle social.

⁸⁴BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 20, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 146.

⁸⁵CARVALHO. Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (estudo Criminológico e Dogmático)**. RJ: Lumen Juris, 2010. p. 13.

tratamento às drogas, em dois momentos: o sanitário⁸⁶, que durou de 1914 até 1964, e o bélico que teve seu início em 1964 e segue coagindo até hoje.

O autor afirma eleger como marco de transição dos referidos modelos o ano de 1964, justamente quando do Golpe de Estado sofrido pelo Brasil, por considerar que este respaldou a implementação do modelo bélico de combate às drogas. Nilo Batista ainda afirma que o modelo bélico que surgiu no Brasil foi instigado pelos EUA e é um indício do “*capitalismo industrial de guerra*”⁸⁷.

Neste contexto de repressão, ao passo que o Estado fazia uso de força para conter comportamentos que eram considerados desviantes e subversivos, a parte da população que contestava o regime demonstrava resistência ao sistema, procurando formas de afirmar sua liberdade e repudiar a violência. A respeito disso, o autor ainda salienta que:

Não foi o acaso que reuniu, nos movimentos contraculturais jovens dos anos sessenta, a generalização do contacto com a droga e a denúncia pública dos horrores da guerra, e a derrota de tais movimentos não pode ser melhor representada que pela política criminal que resolveu opor-se à droga com métodos de guerra.⁸⁸

Essa forma de protesto ao sistema de controle da época se dava por meio de manifestações que pudessem afirmar aos governos e ao mundo que os indivíduos ainda possuíam controle de sua liberdade individual. A este respeito, salienta Salo de Carvalho⁸⁹:

Associado às posturas reivindicatórias e libertárias, o uso de drogas ilícitas compõe, junto com outros elementos da cultura (música, literatura, artes plásticas, cinema, vestuário, alimentação, sexualidade), o quadro de manifestações estéticas das políticas de ruptura.

E foi justamente nesse contexto, na busca do rompimento com a situação política que se instaurava no país, que se inicia o longo e contínuo projeto de enrijecimento das sanções correspondentes à problemática das drogas no Estado brasileiro. Isto culminou com a evidência de que as drogas ilícitas estavam sendo consumidas pelos brasileiros, o que acabou por gerar, como explica ainda Salo, um *pânico moral*⁹⁰. Quanto a isso, o autor define que:

Contrariamente ao que aconteceu nas décadas anteriores, o consumo de drogas ganha o espaço público, aumentando sua visibilidade e conseqüentemente gerando o

⁸⁶A lógica sanitária, de acordo com Salo de Carvalho “amplia os espaços de intervenção e aproxima o sistema de saúde das práticas punitivas de repressão”. Além de colocar o usuário em perigo, vez que esse é associado ao indivíduo dependente. CARVALHO. Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (estudo Criminológico e Dogmático)**. RJ: Lumen Juris, 2010. p. 25.

⁸⁷BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 20, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 137/138.

⁸⁸BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 20, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 138.

⁸⁹CARVALHO. Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (estudo Criminológico e Dogmático)**. RJ: Lumen Juris, 2010. p. 14

⁹⁰CARVALHO. Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (estudo Criminológico e Dogmático)**. RJ: Lumen Juris, 2010. p. 14

pânico moral que deflagrará intensa produção legislativa em matéria penal. Neste quadro, campanhas idealizadas pelos empresários morais e por movimentos sociais repressivistas aliadas aos meios de comunicação, justificarão os primeiros passos para a transnacionalização do controle sobre os entorpecentes.⁹¹

Depreende-se, no que diz respeito à formação do pânico moral⁹², que a mídia foi - e ainda é - uma das principais impulsionadoras do moralismo, que se alimentou e se desenvolveu no senso comum da população da época, como forma de justificar o enrijecimento das sanções. Ainda hoje, como pontua Vera Malagutti Batista, o senso comum é controlado e manipulado por agências de comunicação em massa, que são responsáveis pela “produção de indignação moral”, a qual surge com o fim de justificar o injustificável: desculpar violações e condutas abusivas do Estado, sob a alegação de que a ordem deve ser mantida:

Os órgãos judiciais são militarizados, burocratizados e discricionários e as agências não judiciais, atuam à margem de qualquer controle, impondo penas, violando domicílios, fichando a população, etc. A qualquer ameaça de diminuição deste poder, os meios de comunicação de massa se encarregam de difundir campanhas de lei e ordem que aterrorizam a população e aproveitam para reequipar para os “novos tempos”. Os meios de comunicação de massa, principalmente a televisão, são hoje fundamentais para o exercício do poder de todo o sistema penal, seja através dos novos seriados, seja através da “invenção da realidade” para a “produção da indignação moral”, seja pela fabricação de estereótipos do criminoso.⁹³

Nota-se que os mecanismos utilizados para justificar os excessos praticados pelo sistema punitivo brasileiro de hoje são os mesmos referentes às décadas de 60 (sessenta) e 70 (setenta). Visto que funcionam como verdadeiros combustíveis do clamor social, que pugna pela necessidade de punir e exilar os indivíduos – que já os excluídos pertencem às camadas mais pobres e vulneráveis da sociedade - por meio do encarceramento.

Retomando a questão histórica, percebemos que, por conta deste viés, as medidas político-jurídicas da época, caminharam para a imposição de sanções penais mais severas. No processo de *transnacionalização sobre o controle dos entorpecentes*⁹⁴, merece o devido

⁹¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (estudo Criminológico e Dogmático)**. RJ: Lumen Juris, 2010. p. 14

⁹² Jock Young define pânico moral como sendo uma histeria pública generalizada sobre determinados problemas sociais que descaradamente exagera sua amplitude e impacto, além de criar “demônios folclóricos”, os quais o autor define como: estereótipos distorcidos da conduta do típico desviante. O autor cita alguns exemplos como causadores de pânicos morais, mas afirma que as drogas são a principal fonte de pânico moral, por excelência. YOUNG, Drugs: absolutism, relativism and relativism, 2010.

⁹³ BATISTA, Vera Malagutti. **Díficeis ganhos fáceis – Drogas e a juventude pobre do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 56.

⁹⁴ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (estudo Criminológico e Dogmático)**. RJ: Lumen Juris, 2010. P. 14.

destaque a Convenção Única sobre Entorpecentes⁹⁵ de 1961, criada pela ONU⁹⁶, precursora no tema e assinada por mais de 100 (cem) países.⁹⁷

A Convenção, com fortes influências dos EUA, tratou o tema das drogas de maneira irracional, visto que instaurou e estipulou prazos para a erradicação do uso e do comércio de drogas, quais sejam, 15 (quinze) anos para o ópio e 25 (vinte e cinco) anos para a maconha e a cocaína. Essa tentativa de cessar o uso e a produção de drogas se mostrou falida, vez que os objetivos da Convenção nunca foram alcançados⁹⁸.

Nota-se também que a Convenção demonstra fortes traços imperialistas, posto que na busca irracional de repudiar a produção e consumo de determinadas substâncias, acabou também por negar manifestações culturais diversas, impondo a culturas milenares o fim do consumo de drogas usadas em seus rituais. Luciana Boiteaux, acerca deste tema, pontua que:

Nesse momento nota-se a radicalização do controle internacional de drogas, que passou a buscar a total erradicação do consumo e da produção de determinadas substâncias, inclusive algumas que eram consumidas há milênios por tribos nativas da América Latina, como é o caso de folha de coca no Peru e na Bolívia. Pretendia-se, então, impor uma valoração negativa sobre uma cultura ancestral, sem levar em consideração a diversidade cultural dos povos, proibição esta que perdura até hoje, contra a qual vem se opondo o governo da Bolívia em especial, diante da violação aos direitos humanos das comunidades nativas da região.⁹⁹

Essa foi só a primeira convenção, de outras que serviram para moldar e orientar o atual sistema proibicionista brasileiro. Considera-se a convenção de 1961 a mais relevante neste ponto, porquanto suas sugestões serviram como impulso para a criação da Lei de 5.726/71¹⁰⁰.

A Lei 5.726/71 altera a redação do artigo 281 do Código Penal, vigente até então. O texto legal, comparado ao antigo artigo, inova, mormente por não mais tratar o dependente como criminoso. Não obstante, “o fato de não mais considerar o dependente como criminoso, escondia a faceta perversa da Lei, pois continuava a identificar o usuário ao traficante, impondo pena privativa de liberdade de 1 (um) a 6 (seis) anos”¹⁰¹.

⁹⁵Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961. Disponível em: http://www.incb.org/documents/Narcotic-Drugs/1961-Convention/convention_1961_es.pdf. Acesso em: 21 de setembro de 2013.

⁹⁶Organização das Nações Unidas.

⁹⁷CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (estudo Criminológico e Dogmático)**. RJ: Lumen Juris, 2010. p. 19.

⁹⁸BOITEUX, Luciana, WIECKO, Ella Volkmer de Castilho (Coord.). **Tráfico e Constituição**. Série Pensando o Direito no 1/2009. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

⁹⁹BOITEUX, Luciana, WIECKO, Ella Volkmer de Castilho (Coord.). **Tráfico e Constituição**. Série Pensando o Direito no 1/2009. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. p. 27.

¹⁰⁰OLMO, Rosa Del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 45.

¹⁰¹CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (estudo Criminológico e Dogmático)**. RJ: Lumen Juris, 2010. p. 17.

Esse aumento exacerbado da pena para o indivíduo que fosse condenado por tráfico, ou uso de entorpecentes, foi uma evidência de retrocesso e o início de uma política de endurecimento de penas, que se aprimorará com a Lei 6.368/76 e se exaltará com a Lei 11.343/06.¹⁰²

A Lei 11.343/06 nasce da inadequação histórica da antiga Lei 6.368/76.¹⁰³ No novo diploma legal, a expressão *droga* ocupa o lugar da “velha e inadequada locução *substância entorpecente*”¹⁰⁴. Apesar de o novo texto legal ter sido recebido como um avanço, visto que o usuário não mais sofreria pena de prisão, Salo de Carvalho adverte que “a base ideológica da Lei 11.343/06 mantém inalterado o sistema proibicionista inaugurado com a Lei 6.368/76, reforçando-o.”¹⁰⁵.

Ocorre que, independentemente do novo diploma legal ter atenuado a sanção referente ao usuário, no que toca ao indivíduo acusado e ao condenado pelo delito de tráfico reservou uma sanção extremante danosa. Por conta disso, Cristiano Ávila Maronna definiu a Lei 11.343/06 como sendo um “retrocesso travestido de avanço.”¹⁰⁶.

Na verdade, como demonstra Maria Lúcia Karam, a Lei 11.343/06 mantém a criminalização referente à conduta prevista no art. 28 (posse de drogas para uso pessoal)¹⁰⁷. O novo texto legal apenas impede a imposição de pena privativa de liberdade ao usuário. A autora alerta que a nova Lei não inovou de forma significativa, vez que a posse para uso pessoal, nos moldes da Lei 9.099/95, “já se enquadrava na definição de infração penal de menor potencial ofensivo” e por conta dessa característica, a resposta penal já previa a não imposição da pena privativa de liberdade ao indivíduo caracterizado como usuário¹⁰⁸.

Por conseguinte, não obstante a conduta para uso não implique a prisão, o indivíduo ainda é fadado a ter atribuído para si um estigma. Isso porque existe uma reação social

¹⁰² CARVALHO. Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (estudo Criminológico e Dogmático)**. RJ: Lumen Juris, 2010. p. 17.

¹⁰³ CARVALHO. Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (estudo Criminológico e Dogmático)**. RJ: Lumen Juris, 2010. p. 67/68.

¹⁰⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada**. SP: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 193.

¹⁰⁵ CARVALHO. Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (estudo Criminológico e Dogmático)**. RJ: Lumen Juris, 2010. p. 68.

¹⁰⁶ MARONNA, Cristiano Ávila. **Nova lei de drogas: retrocesso travestido de avanço**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n. 167, p. 4, out. 2006.

¹⁰⁷ 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. Lei 11.346/06. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 29 de setembro de 2013.

¹⁰⁸ KARAM, Maria Lúcia. **Drogas e redução de danos**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 64, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 138.

contrária ao ato de consumir a droga, independente de a conduta acarretar, ou não, o encarceramento do sujeito.¹⁰⁹

Merece o devido destaque e cuidado o aumento atribuído à penalização imposta ao delito de tráfico. A nova Lei, em seu art. 33¹¹⁰, aumentou significativamente a sanção referente ao descumprimento do referido artigo, impondo uma pena que parte do patamar mínimo de 5 (cinco) anos e que pode atingir máximo de 15 (quinze). A majoração exacerbada da pena-base referente ao delito de tráfico revela a permanência do caráter repressivo, o qual se mostrou mais forte neste texto legal do que no anterior, visto que uma pena que já inicia com 5 (cinco) anos de reclusão, que ainda sofre a análise das circunstâncias judiciais contidas no art. 59 do Código Penal, em regra, impossibilita ao indivíduo uma resposta penal que não seja a do encarceramento.

Neste sentido, Luciana Boiteaux afirma que, não obstante a nova lei de drogas tenha, de certa forma, inovado seu texto legal, o tratamento dado ao indivíduo que for condenado por uso pessoal, não passou de *uma cortina de fumaça* para retirar a atenção do problema maior do novo diploma legal, qual seja, o tratamento dado ao indivíduo condenado por tráfico:

Diante desta grande diferença imposta às duas condutas supõe-se que o grande destaque dado à despenalização da posse de entorpecentes, com pequena representatividade estatística, teve por objetivo atuar como uma “cortina de fumaça”, para encobrir o desproporcional aumento da pena do delito de tráfico de drogas ilícitas constante do mesmo diploma legal.¹¹¹

A autora sinaliza ainda, que comparada com o texto legal que a precedeu, a nova Lei 11.343/06 teve certo progresso no que diz respeito à redução do controle penal no que tange ao usuário de drogas. Essa constatação se dá porque, além da despenalização da posse para o uso pessoal, como prevê o art. 28, foi nivelado a este a conduta prevista no art. 28 §1º¹¹², que se refere ao indivíduo que planta a droga para o próprio consumo. Também foi estipulada a

¹⁰⁹WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **A criminalização do uso de drogas e a expansão do punitivismo no Brasil. III Mostra de Pesquisa e de Pós-Graduação** – PUCRS, 2008.

¹¹⁰Art. 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. Lei 11.346/06. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 29 de setembro de 2013.

¹¹¹BOITEAUX, Luciana. **A nova lei anti drogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n. 167, p. 8-9, out. 2006.

¹¹²Art. 28, §1º. Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. Lei 11.346/06. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 29 de setembro de 2013.

redução da pena no que tange ao consumo compartilhado, previsto no art. 33 §3º¹¹³, conduta que antes era considerada como tráfico e recebia mesma sanção deste.¹¹⁴

Salo de Carvalho, ao se referir à nova Lei, pontua que apesar desta ter sido criada e pensada na mesma base ideológica do antigo texto legal - teoria da diferenciação - os dois textos legais se distinguem no que tange os estatutos criminais. O autor explica que a Lei 11.343/06 nivela a importância dos tratamentos penais com base na gravidade do respectivo delito, diferenciando usuários e traficantes, e por conta disso, prevendo tratamentos e penalizações distintas, conforme cada um dos delitos. Essa distinção se constata na alta repressão imposta ao indivíduo condenado por tráfico, através da pena mínima exacerbada e a consequente pena de prisão, e a patologização do usuário e do dependente, por meio de penas e medidas.¹¹⁵

Ao seguir este entendimento, Luciana Boiteaux afirma que a forma de atuação penal foi fracionada, visto que para o viciado aplica o modelo despenalizador, influenciado pelo discurso médico-sanitário; e ao traficante aplica a prisão, justificada pelo discurso simbólico do proibicionismo.¹¹⁶

Sintetiza-se que se considerarmos de forma otimista a ideia formadora da Lei 11.343/06, podemos reputar que essa, de início – visto as alterações trazidas ao novo texto legal, referentes às penas - buscou a diferenciação entre usuários, pequenos e grandes traficantes, com o fim de atenuar os problemas carcerários e discriminatórios. No entanto, posto que não há como tratar com otimismo a realidade de um sistema proibicionista que aniquila perspectivas e impõe estigmas, cabe a afirmação de Marcelo da Silveira Campos, de que essa tentativa de diminuição do número de encarcerados, formado por pequenos traficantes e usuários, se fez “no nível da lei, apenas. O que mostra que no Brasil as leis inovadoras esbarram nas práticas sociais de justiça criminal.”¹¹⁷

113 Art. 33, § 3º. Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28. Lei 11.343/06. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 29 de setembro de 2013.

¹¹⁴ BOITEAUX, Luciana. **A nova lei anti drogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n. 167, p. 8-9, out. 2006.

¹¹⁵ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (estudo Criminológico e Dogmático)**. RJ: Lumen Juris, 2010. p. 69.

¹¹⁶ BOITEAUX, Luciana. **A nova lei anti drogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n. 167, p. 8-9, out. 2006.

¹¹⁷ CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Seletividade da atuação policial na aplicação da Lei de drogas**. Entrevista para a revista Forum. Disponível em: <http://revistaforum.com.br/blog/2013/10/sociologo-critica-seletividade-da-atuacao-policial-na-aplicacao-da-lei-drogas/>. Acesso em: 13 de outubro de 2013.

A Lei 11.343/06 mostra que ainda é se faz necessário o debate acerca das normas penais e de suas implicações. A distinção entre usuários e traficantes no novo diploma legal, representa que essa não evoluiu para o efetivo combate à criminalidade, tendo em vista as graves consequências impostas ao indivíduo condenado por tráfico e a seletividade punitiva determinante para a consideração dos agentes como usuários ou não, culminam com a manutenção de um sistema eminentemente baseado na punição como meio de controle social, impondo, assim, a segregação e estigmatização do indivíduo a que são impostas tais penalidades.

4 Análise dos Discursos Contidos nos Acórdãos Referentes à Comarca de Porto Alegre, no que tange à Condenação por Tráfico de Entorpecentes

Foram escolhidas, para efetuar a análise dos discursos, aquelas decisões submetidas a julgamento de apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, referentes aos processos relacionados ao tráfico de entorpecentes, ocorridos na Comarca de Porto Alegre.

4.1 Metodologia

Para consumir a pesquisa jurisprudencial, foi realizada uma busca no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul¹¹⁸. No *site*, visto que se optou por buscar processos com um espaço temporal específico e relacionados somente à comarca de Porto Alegre, primeiro foi selecionada a “busca avançada” e após, nessa, especificado os seguintes termos: “inteiro teor”, “seção crime”, “tipo de processo”, o qual foi selecionado “apelação crime”, “comarca de origem”. No que diz respeito ao espaço temporal de interesse à esta pesquisa, foi selecionado o período de 6 (seis) meses, configurado pelo intervalo do dia 01/06/2012 até 01/12/2012.

A fim de explicitar de maneira mais precisa do objeto da pesquisa, foram eleitas as seguintes três palavras-chave: “tráfico”, “aplicação da pena” e “regime de cumprimento”. A busca foi realizada individualmente para cada uma das 3 (três) Câmaras a que competem julgar os delitos de tráfico de entorpecentes. Essa competência é atribuída à Primeira, Segunda e Terceira Câmara Criminal do TJ/RS, como consta no art. 12¹¹⁹ da Resolução nº 01/1998, do referido Tribunal.

¹¹⁸<http://www.tjrs.jus.br/site/>

¹¹⁹Art. 12 I - Às 1ª, 2ª e 3ª Câmaras: a) crimes dolosos e culposos contra a pessoa; b) crimes de entorpecentes (Lei nº 6.368/76); c) crime da Lei de Armas; d) crimes de trânsito; e) crimes contra a honra.

Na busca foi encontrado um total de 294 (duzentos e noventa e quatro) acórdãos, os quais, antes que se fosse efetuada qualquer análise – quantitativa ou qualitativa – foram primeiramente armazenados e separados por câmaras. No que se refere à Primeira Câmara, foi obtido o total de 76 (setenta e seis) documentos e após primeira análise, restaram como proveitosos para a pesquisa 67 (sessenta e sete). Em relação aos acórdãos encontrados na Segunda Câmara Criminal, esses ao todo configuravam 111 (cento e onze) e após apreciação, 89 (oitenta e nove) foram selecionados. Aos acórdãos pertencentes à Terceira Câmara Criminal, de início tinha-se 107 (cento e sete) e por fim, 76 (setenta e seis) restaram para a análise posterior. Foram descartados aqueles acórdãos que não contemplavam o objeto da pesquisa por conta de tratar de tipo penal diverso do estudado no presente trabalho, ou que restaram inconclusivos.

Após essa etapa de verificação das decisões, obtiveram-se para o fim da pesquisa, 232 (duzentos e trinta e dois) acórdãos, provenientes das três câmaras. Esses ainda em sede de análise quantitativa, serviram para formular os elementos referentes à uma tabela, a qual expõe os respectivos dados de cada processo: número do processo, se a decisão de 1º grau foi mantida ou alterada, a quantidade de droga apreendida, o tempo de pena atribuído e o regime de cumprimento de pena. A construção dessa base de dados se fez relevante para o presente trabalho, vez que tornou visível algumas disparidades, como exemplo no que diz respeito às penas atribuídas, e às quantidades de droga consideradas ou não para uso pessoal.

Por fim, de todos os 232 (duzentos e trinta e dois) acórdãos analisados, foram exprimidos os discursos formadores da segunda parte da análise dos dados: a qualitativa.

4.2 Análise Qualitativa

Após analisar e tabular os acórdãos das 3 (três) Câmaras acima referidas, pode-se constatar clara diversidade nos discursos e nas suas respectivas fundamentações. Partindo de um entendimento mais genérico, para depois especificar a análise, afirma-se que, comparada com a Primeira e a Segunda, a Terceira Câmara Criminal se mostrou muito mais voltada para os direitos e garantias do indivíduo condenado pelo delito de tráfico de entorpecentes.

4.2.1 *Validade da palavra dos policiais*

Uma das causas formadoras desse entendimento de que a Terceira Câmara tende a atuar de maneira mais garantista¹²⁰ em relação às demais é que, em todos os recursos de apelação interpostos pela defesa que foram julgados pela Primeira e pela Segunda Câmara, quando questionada a veracidade da palavra dos policiais (testemunhas de acusação), não houve provimento aos apelos defensivos, no que tange a essa alegação. Para negar provimento aos recursos da defesa, notou-se que os argumentos utilizados pelos Desembargadores, em sua maioria, se assemelham, conforme segue:

Como se sabe, o caráter clandestino de certas infrações, como o tráfico, faz com que os policiais, na maior parte das vezes, sejam as únicas testemunhas dos fatos delituosos. Desprezar seus depoimentos seria comprometer a repressão ao crime. No caso, os agentes sequer conheciam o acusado, não havendo razão plausível para que o incriminassem injustamente. (Apelação 70048886907) (grifo nosso).

Ainda, em que pese os argumentos da defesa, pela imprestabilidade dos relatos policiais, não se pode deixar de emprestar credibilidade as suas coerentes declarações. Seria, inclusive, por demais estranho se, de um lado, o Estado lhes confiasse a credibilidade de prestar segurança e, de outro, negasse importância aos seus testemunhos. (Apelação 70047944822) (grifo nosso).

Outrossim, é improvável que os policiais militares, servidores extremamente ocupados com a proteção da sociedade e repressão de delitos em geral, desperdicem seu tempo tentando imputar aos acusados – pessoas que sequer conheciam - crimes que estes não cometeram, por implicância ou diversão, deixando de punir os reais delinquentes. (Apelação 70049960800) (grifo nosso).

Divergindo da opinião unânime das outras duas Câmaras, na Terceira Câmara Criminal, vários réus restaram absolvidos em recursos de apelação interpostos pela defesa que versavam sobre a veracidade da palavra dos policiais, por insuficiência probatória. A respeito de tais decisões, segue fragmento de um Voto:

Há diversas incongruências entre os depoimentos dos policiais e das testemunhas presenciais, na medida em que os primeiros referiram a apreensão de drogas com o acusado e as segundas a negaram. Além disso, os vizinhos mencionaram a presença de uma policial feminina, bem como a prisão de mais um rapaz, chamado Sidnei, fatos negados pelos PMS.

¹²⁰De acordo com Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho “a teoria do garantismo penal, antes de mais nada, propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a ‘defesa social’ acima dos direitos e garantias individuais”. CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro, Lumen, 2008, p. 19.

Por fim, Carlos Sidnei Souza, confirmou ter sido detido juntamente com o réu, sendo liberado após consulta no sistema, confirmando que não era foragido.

A prova produzida pela acusação não foi extreme de dúvidas acerca do que realmente ocorreu no dia do fato e se realmente houve apreensão de drogas em poder do imputado. E, diante da dúvida, a absolvição é imperativa.

No âmbito de um processo penal digno de um Estado Democrático de Direito, estruturado a partir de uma Constituição Federal que estabelece um amplo rol de direitos e garantias individuais, dentre os quais está a presunção de inocência, é absolutamente vedado ao Poder Judiciário presumir a culpa de qualquer pessoa acusada criminalmente.

Nessa senda, a prova, para dar suporte a um juízo condenatório, há de ser robusta e séria, pois a presunção, no processo penal, é em favor do réu e não contra ele. É da acusação o encargo de provar a culpabilidade do réu.

Assim, considerando que o réu não tem o dever de provar (podendo atuar, é claro, para minimizar o risco de uma sentença desfavorável), bem como o fato de o órgão acusador não ter se desincumbido de sua carga processual, a melhor decisão a ser tomada no caso em apreço é a absolvição, por insuficiência de provas, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal. (Apelação 70047417084) (grifo nosso).

Ao analisar o discurso utilizado pelo Desembargador, é possível perceber a preocupação desse com a presunção de inocência do réu, e a atenção e credibilidade que foram atribuídas aos depoimentos das testemunhas de defesa.

Elementos formadores de fundamentação, como os transcritos no Voto acima, não se mostraram comuns na análise dos acórdãos conferidos para esta pesquisa. Essa constatação evidencia que o cuidado para com os direitos e garantias dos indivíduos condenados pelo delito de tráfico é considerado menos importante do que a repressão e o encarceramento desses.

4.2.2 *Aplicabilidade da desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/06*

A Terceira Câmara se diferenciou das outras duas, também no que toca à desclassificação do delito de tráfico (art. 33) para o uso pessoal (art. 28). Em todos os acórdãos analisados, referentes à Primeira¹²¹ e Segunda Câmara, nenhum dos pedidos de

¹²¹ Apenas em um dos processos, concernente à Primeira Câmara, houve a desclassificação, não obstante, essa ocorreu de ofício, ou seja, não constava no pedido interposto pela defesa. (Apelação 70041989377).

desclassificação foi acatado¹²². Em contraponto, na Terceira Câmara, 22 (vinte e duas) apelações que postulavam a desclassificação para uso pessoal foram providas.

Merece atenção o discurso abaixo exposto, pertencente à Segunda Câmara Criminal, em apelação interposta pelo Ministério Público, na qual fora postulada a reforma da decisão de primeiro grau, que havia considerado o preenchimento dos requisitos para a aplicabilidade do art. 28 da Lei 11.343/06 ao caso, tendo em vista a quantidade de droga apreendida (5 gramas de maconha). O Tribunal entendeu pelo provimento do apelo Ministerial, como segue:

Com efeito, tratando-se de crime previsto na Lei de Tóxicos, a quantidade de droga - 04 torrões de maconha, pesando aproximadamente 05g -, apesar de não ser expressiva, não comporta a noção de insignificante.

Neste sentido, a Corte Superior já assentou que “não incide o princípio da insignificância ao delito de tráfico de entorpecentes, pois é de perigo abstrato, contra a saúde pública, sendo, pois, irrelevante, para esse fim, a pequena quantidade de substância apreendida”.

(...)

Como alhures sustentado, não há dúvidas de que o agir do acusado preenche a conduta típica descrita pelo art. 33, caput, do Código Penal, transpondo-se a verificação de ser o agente um traficante contumaz para a etapa de fixação da reprimenda.

Desta forma, não reconhecer a prática do tráfico de drogas seria infirmar a palavra dos policiais sem qualquer motivação para tanto, à medida que nada foi produzido nos autos no sentido justificar com plausibilidade por qual razão os milicianos inventariam que o réu teria lhes oferecido droga.

Ante o exposto, deve prosperar a inconformidade do Ministério Público, motivo pelo qual condeno Lauro José da Silva Arruda como incurso nas sanções do art. 33, caput, e §4º da Lei 11.343/06 e passo à aplicação da pena. (Apelação 70046452975).

Abaixo, transcreve-se fragmento de discurso utilizado como fundamento para o não acolhimento do pedido proposto pela defesa, para desclassificação do delito para uso pessoal:

O acusado foi preso em flagrante com 19 tijolos de maconha, pesando 22,60g, e R\$ 84,00.

A quantidade de droga apreendida é incompatível com o uso pessoal, pois com ela seria possível confeccionar, no mínimo, 23 cigarros de maconha, podendo alcançar a feitura de 45 cigarros, conforme informações prestadas, em feito similar ao ora em exame, (Apelação crime nº 70018754093, de lavra do Des. Ivan Leomar Bruxel), pela Dra. Adriana Nunes Wolffenbuttel, então Chefe do Laboratório de Perícias e fotografia do Instituto Geral de Perícias.

¹²²Importante salientar que em inúmeros casos que a defesa postulou a desclassificação para uso pessoal, perante a primeira e a segunda câmara criminal, as quantidades de droga apreendidas foram ínfimas, não atingindo mais de 3 gramas de substância entorpecente considerada ilegal.

Já no que diz com a quantia em dinheiro apreendida, ainda que o acusado tenha referido que trabalha em uma serraria, auferindo R\$ 100,00 por semana, não aportaram aos autos nenhuma prova neste sentido.

Outrossim, a sustentada condição de dependente químico não é capaz de eximir a responsabilidade do incriminado, já que, sabidamente, muitos dependentes fazem do comércio de entorpecentes a forma de sustentar o próprio vício. (Apelação 70039456975).

A fundamentação adotada na decisão acima considera ser a quantidade de droga excessiva para contemplar a desclassificação para a conduta de uso. Na decisão abaixo, além da quantidade, a variedade da droga se faz também relevante para o não provimento do pedido:

Não há dúvidas, portanto, de que o réu trazia consigo 6 pedras de crack, 1 peteca de cocaína e 7 tijolinhos de maconha para fins de mercancia, haja vista a quantidade e variedade ser elevada para ser consumida por um único usuário.

Além disso, atenta à defesa pessoal do apelante, no intuito de esgotar a matéria, não pode ser olvidado que a ausência de flagrante de atos de mercancia, por sua vez, não é capaz de eximir a responsabilidade penal dos agentes, já que para a consumação do delito em exame, basta o cometimento de ao menos um dos verbos elencados no art. 33 da Lei 11.343/06.

De igual maneira, afasto o pleito desclassificatório, pois segundo entendimento deste órgão fracionário, a dependência química não é capaz de eximir a responsabilidade dos réus pela prática do art. 33, da Lei 11.343/06, na medida em que muitos dependentes fazem do tráfico uma forma de sustentar o próprio vício. (Apelação 70042757823) (grifo nosso).

A respeito dos dois fundamentos acima transcritos, constatou-se por meio da pesquisa, que esses fazem parte do entendimento majoritário das decisões. As fundamentações referentes à quantidade de droga e à variedade dessa, por não configurarem porte para uso, negam a realidade dos usuários e dependentes, pois supõe que os indivíduos consomem apenas um tipo de droga e que adquirem essa sempre em quantidade mínima.

Em contraponto aos argumentos utilizados na elaboração dos acórdãos acima expostos, tem-se decisão proferida pela Terceira Câmara, a qual considerou aplicável a desclassificação, vez que a simples constatação de que a ré portava a droga não enseja a configuração da traficância:

O contexto probatório, no meu entendimento, não é suficiente para comprovar a destinação comercial da droga apreendida, notadamente pelo simples fato de que nem todas as pessoas que estão ou que passam por um local onde se vende drogas são, por si só, traficantes. Nesses

locais estão também os consumidores e, além deles, pessoas que sequer fazem uso de entorpecentes, mas que por ali passam ou mesmo residem. Acrescento, ainda, que as embalagens abertas poderiam ter advindo de droga já utilizada pela própria ré.

(...)

Sem isso, a simples apreensão de pequena quantidade de droga (aproximadamente 9g crack) a ré, apenas autoriza concluir pela posse de entorpecentes e, na ausência de outros elementos probatórios da traficância, impõe aplicar, ao caso concreto, o princípio do in dubio pro reo, com a conseqüente desclassificação da imputação penal para os limites do artigo 28 da Lei 11.343/06. (Apelação 70048229876) (grifo nosso).

Ainda no discurso acima, pertence acrescentar que o Desembargador entendeu por extinguir a punibilidade da ré e, por conta disso, não remeter os autos ao Juizado Especial Criminal, fato que foi adotado em outras decisões semelhantes, vez que considerou que o tempo que essa cumpriu prisão preventiva configurou sanção mais gravosa do que a aplicada ao indivíduo caracterizado na conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/06:

A recorrente foi presa em flagrante em 24/12/2008, tendo sido concedida sua liberdade provisória em 13/03/2009 (fl. 179).

Entendo já ter sido imposta a ela medida mais severa do que as próprias sanções abstratamente cominadas no preceito secundário do artigo 28 da Lei 11.343/06, as quais não prevêm restrição de liberdade, o que impõem considerar já ter a ré cumprido a pena, estando, pois, extinta a punibilidade. (grifo nosso).

Seguindo o entendimento pelo cabimento da desclassificação, importante a fundamentação proveniente da Apelação 70048958854. Neste fora sustentado o que segue:

Com a devida vênua do eminente Relator, estou em desclassificar a imputação penal para o delito de uso. Embora o réu tenha sido abordado com 188,90g de maconha, declarou-se dependente químico, na medida em que usa a droga para amenizar a dor e o sofrimento por ser portador do vírus HIV, ter câncer e hepatite. Afora isso, a prova produzida nos autos limitou-se a referir ter o acusado sido abordado porque estava em “atitude suspeita”. Nada mais há nos autos a indicar fosse a droga destinada a terceiros, exceto a genérica e vaga alegação de ter sido ele abordado em “local conhecido como intenso ponto de tráfico de drogas”. (grifo nosso)

Os argumentos “atitude suspeita” e “abordado em local conhecido como intenso ponto de tráfico de drogas”, foram percebidos na grande maioria dos discursos que mantiveram a condenação por tráfico, não provendo os apelos defensivos. Exprime-se desta constatação,

que de fato opera-se uma seletividade punitiva, em desfavor dos setores mais vulneráveis¹²³, visto que a maior parte dos indivíduos foram abordados em regiões periféricas desta Capital.

Ademais, pode-se perceber que esse tratamento seletivo ocorre desde o momento da abordagem policial, até o processo judicial, em sede recursal, eis que os julgadores se baseiam nos fatos descritos na denúncia para não acatarem os recursos da defesa.

4.2.3 *Aumento e diminuição das penas*

Nota-se que as três Câmaras divergiram também no que tange ao aumento ou diminuição das penas, concernente às condenações reformadas. A Primeira manteve quase todas as condenações de primeiro grau, e naquelas em que houve reforma, pode-se observar que as apelações interpostas pelo Ministério Público receberam um maior número de julgamentos favoráveis do que aquelas formuladas pela defesa. A Segunda Câmara se mostrou mais flexível do que a Primeira, não obstante o número de condenações reformadas ainda ser considerado pequeno, quando comparado com os julgados da Terceira Câmara Criminal. Nessa, se percebeu, como já foi acima exposto, um maior cuidado com os direitos dos réus. Isso foi constatado pelo número expressivo de apelações providas, com fim de diminuir penas aplicadas de forma exacerbada pelos julgadores singulares.

Segue abaixo fundamentação utilizada para dar provimento ao apelo Ministerial, que visava o aumento da pena fixada em sentença:

Assim, tenho que as conseqüências resultantes do delito não constam dos autos, mas são inequivocamente reprováveis em virtude dos nefastos efeitos que o tráfico de substância entorpecente possui no meio social.

(...)

Por fim, os motivos do crime são desfavoráveis, pois o lucro fácil em detrimento da saúde alheia é motivo torpe, qualificando negativamente a conduta do acusado.

(...)

Nessa linha de raciocínio, apresenta-se, portanto, exigível, redimensionar a pena base para um total de 06 anos de reclusão e 600 dias-multa, quantum este que se mostra mais adequado e suficiente para atender ao binômio prevenção/repressão, princípio norteador da aplicação da pena.

(Apelação 70045955406) (grifo nosso).

¹²³BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis** – Drogas e a juventude pobre do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 54.

No mesmo sentido, segue fragmento de decisão que considerou não ser cabível a aplicação da privilegiadora (§4º, do art. 33 da Lei 11.434/06) em grau máximo. O Desembargador entendeu que a quantidade de droga apreendida em posse do apelante (duas gramas de crack) configurava quantidade exacerbada de droga:

Quanto ao apenamento, merece prosperar parcialmente a pretensão ministerial, pois Eduardo faz jus ao benefício previsto no §4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, por ser primário e ostentar bons antecedentes (fl. 95). Todavia, não pode ser aplicada no máximo, como procedido no decidir fustigado, tendo em vista a quantidade e natureza da droga apreendida (20 pedras de crack), mas sim em 1/6, restando definitizada em 04 anos e 02 meses de reclusão. (Apelação 70049990641).

De modo diverso, tem-se o posicionamento adotado no julgamento da Apelação 70048106785, que considerou ser aplicável a privilegiadora por ser mínima a quantidade apreendida de droga (doze gramas de crack):

Verifico que todas as circunstâncias do art. 59 do CP são favoráveis ao réu, o qual é primário, de bons antecedentes. Embora a nocividade da natureza da droga apreendida, a quantidade apreendida é reduzida. Assim, considerando-se que as condições pessoais do réu são favoráveis, cabível a aplicação da minorante do tráfico privilegiado na fração máxima de 2/3.

É possível exprimir dos elementos contidos nos discursos acima mencionados, que os julgadores divergem quanto ao entendimento de qual seria a quantidade de droga considerada demasiada, ou não¹²⁴. Pode-se verificar que, em julgados diversos, uma quantidade menor de droga foi considerada excessiva, enquanto, em outros, uma quantidade superior a esta última foi considerada baixa, o que denota uma dissonância no entendimento jurisprudencial acerca do tema.

Tal fato, para além de gerar uma insegurança jurídica, fere os direitos e garantias do réu no processo penal, eis que não é possível prever antecipadamente qual será o critério para a consideração da excessividade ou não do volume de drogas, marco delimitador entre o delito de tráfico e o porte para uso pessoal.

¹²⁴A esse respeito, de a quantidade de droga não ser estabelecida na lei brasileira, cabe acrescentar que em países como Portugal e Espanha, essa delimitação de quantia permitida para uso, já foi consagrada. Essa característica se mostra benéfica para os usuários, vez que tira o poder de aplicação da discricionariedade do julgador. Ao estipular um parâmetro numérico de quantidade para distinguir as condutas tráfico e uso, garante-se ao indivíduo consumidor, uma maior proteção, posto que grande parte das condenações e prisões provisórias injustas são evitadas.

4.2.4 Alteração do regime de cumprimento da pena

Por fim, quanto ao regime de cumprimento das penas, mostrou-se majoritário o entendimento pelo regime inicial fechado. Seguindo os outros pontos da análise qualitativa, foi possível perceber que as três câmaras mantiveram a característica de se distinguirem quanto ao provimento, ou não, dos apelos que postulavam a alteração do regime de cumprimento. A Segunda Câmara foi a que se mostrou menos flexível. A Primeira teve um número mais considerável de apelos providos nesse sentido, não obstante os recursos acolhidos, em maioria, fossem aqueles interpostos pelo Ministério Público.

Alusivo à Terceira Câmara, a postura, comparada com a da Câmara anterior, se mostrou mais receptiva às apelações defensivas, visto que a maior parte das alterações relacionadas ao cumprimento de pena foi com o fim de que o indivíduo permanecesse o menor tempo possível encarcerado, ou tempo nenhum, vislumbrando-se inúmeras reformas no que tange à conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Sobre essa questão, segue passagem de uma fundamentação utilizada para embasar o cabimento da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos:

Outrossim, penso ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito nas hipóteses do reconhecimento do privilégio do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06, em razão do tratamento diferenciado que recebem os condenados pelos delitos privilegiados, como ocorre, por exemplo, no homicídio privilegiado e no furto privilegiado.

(...)

Ademais, após a expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, ter sido declarada inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 97256, de Relatoria do Ministro Ayres Britto, julgado em 01/09/2010, plenamente possível a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, consoante a apreciação dos critérios previstos nos incisos do artigo 44 do Código Penal. (Apelação 70049254063).

Neste mesmo sentido, importante o discurso contido no Voto abaixo, que considera ser mais benéfico para o réu, pequeno traficante, a não aplicação da pena de prisão:

Muito embora as poucas informações pessoais recolhidas no processo, constata-se que o réu é usuário de maconha (fls. 78/79), semi-alfabetizado, sem qualificação profissional e sem emprego (fl. 20). Mais ainda, trata-se de pequeno traficante que passa as noites nas intempéries comercializando pequenas porções de drogas diretamente aos usuários. Nesse caso, substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos poderá contribuir para o réu encontrar apoio

para receber tratamento e capacitação profissional, passando a conviver com pessoas que poderão ajudá-lo a redirecionar sua vida para outro caminho. Como a pena definitiva é superior a um ano, serão duas as substitutivas, prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, pelo mesmo período da pena substituída [1 (um) ano e 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão] (Apelação 70044672723) (grifo nosso).

Nos casos acima expostos, e na maioria dos analisados nesta pesquisa, constata-se que a alteração do regime de cumprimento aplicado, é cabível aqueles indivíduos que tiveram a pena reduzida por conta da privilegiadora prevista no §4, do art. 33, da Lei 11.343/06. Ou seja, aqueles que possuem como característica a primariedade e bons antecedentes. Restando aos réus que não contemplam os requisitos necessários para a aplicação de tal privilégio, em regra, o cárcere, posto que a esses, não ocorre a substituição acima referida, visto que a pena mínima aplicada na sentença, inicia no patamar de 5 (cinco) anos.

Cabe acrescentar discurso que negou a conversão da pena para regime menos gravoso, em que pese a minorante tivesse sido considerada para o réu no momento da dosimetria da pena. O Desembargador entendeu pelo não provimento do apelo defensivo, vez que compreendeu ser o tráfico delito hediondo:

Ainda, a apelante foi beneficiada com a minorante do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, que foi aplicada no grau máximo de 2/3, com o que a pena definitiva restou reduzida para 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, não havendo motivo para qualquer irresignação defensiva, tanto que nada a respeito é suscitado no apelo.

Por outro lado, não prospera a pretensão de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o art. 44 da Lei nº 11.343/06 veda expressamente tal substituição (o que também é proibido pelo § 4º do art. 33 da mesma lei, acima reproduzido).

Além disso, por se tratar de crime equiparado aos hediondos, deve cumprir a pena em regime inicialmente fechado, também por expressa previsão legal (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90), o que igualmente impede a substituição postulada e a alteração do regime prisional fixado na sentença. (Apelação 70046035473) (grifo nosso).

É perceptível a disparidade referente aos elementos formadores dos discursos também nesse ponto da análise qualitativa. No fragmento de Voto acima transcrito, os elementos utilizados para negar provimento do apelo defensivo, foram considerados já superados na decisão anterior.

Ao analisar os discursos, considerou-se pouca flexibilidade dos julgadores para a aplicação das penas restritivas de direito, ou para a alteração do regime de cumprimento para outro que não fosse o inicial fechado. Essa constatação permitiu o questionamento se de fato o

cárcere é considerado em *ultima ratio*, como deveria ser, ou se é a primeira opção dos operadores do direito.

A presente pesquisa pode concluir que, concernente aos processos analisados no tempo proposto por essa (seis meses), a manutenção do encarceramento em massa dos indivíduos se fez presente. Desse fato depreende-se que a maioria dos julgadores segue os moldes do sistema proibicionista, que fundamenta nossa política de drogas. Constatou-se também, que somente em alguns casos - principalmente naquelas decisões proferidas pela Terceira Câmara Criminal, eis que nessa os casos de provimento dos apelos defensivos foram majoritários – o poder de discricionariedade que compete ao julgador, foi manifestado em favor do réu.

5 Considerações Finais

A presente pesquisa propôs analisar os discursos e as respectivas fundamentações utilizadas pelos desembargadores, concernente ao provimento ou não dos recursos de apelação relacionados à condenação de tráfico de entorpecentes.

No decorrer do trabalho foi realizada uma crítica acerca da (in)efetividade da aplicação do cárcere como medida de controle social, assim como demonstrado os efeitos negativos que o encarceramento impõe, tanto aos indivíduos que respondem penalmente, como também para a sociedade de maneira geral.

São, ainda, feitas constatações acerca da falência do atual sistema proibicionista de combate às drogas adotado pelo Brasil e a respectiva falta de lucidez por parte dos governos, no que tange a esta questão. Pode-se perceber, pela fundamentação teórica abordada na primeira parte deste artigo, que a insistência em manter um regime proibicionista que além de não ter obtido, em nenhum momento desde sua implementação, resultados satisfatórios, acarreta danos sociais nefastos, posto que segrega e exclui os indivíduos.

Na contextualização histórica da legislação de drogas no Brasil, foi possível perceber que as leis sofreram um endurecimento contínuo ao longo dos anos. E, após análise crítica, percebeu-se que esse enrijecimento das sanções referentes ao tráfico é dotado de caráter moralizador, o que não permite que a questão seja tratada com racionalidade, pois é ignorado o fato de que muito pior do que o consumo da droga em si, são os danos causados pela sua proibição.

Por fim, pode-se extrair dos discursos analisados, que os julgadores divergem em suas fundamentações, posto que alguns se mostrem mais preocupados em respeitar os direitos e

garantias individuais daquele que foi condenado, já outros têm uma maior preocupação com a “defesa social” e o encarceramento daqueles que por eles são considerados violentos e danosos para o convívio social.

Foi perceptível, ao longo da análise dos julgados, que a grande maioria dos operadores de direito estipula as penas de forma a não respeitar o princípio da razoabilidade. Pelos discursos utilizados pelos desembargadores, foi constatado que esses operam com o fim de excluir (ou manter excluídos) os indivíduos da sociedade, por meio do encarceramento. Ainda, foi possível constatar que os casos em que as apelações de defesa foram providas, foram mais expressivos (quase unânimes), no que toca à Terceira Câmara Criminal, que mostrou em seus elementos configuradores dos discursos, maior preocupação e respeito com o indivíduo condenado.

Pode ser notado, por conta da presente pesquisa, que existe uma seletividade na aplicação das penas e das condenações, e que essa opera em desfavor dos indivíduos pertencentes às camadas mais pobres e vulneráveis da sociedade. Além disso, foi percebido que essa seletividade ocorre desde o momento da abordagem policial, posto que os julgadores de segundo grau fazem uso dos argumentos referidos na denúncia, para fundamentar o não provimento dos recursos da defesa.

A respeito da discrepância entre as decisões, pode-se concluir que o fato de a quantidade da droga permitida não ser delimitada no, atribui uma insegurança legal aos usuários ou dependentes, que ficam à mercê do poder discricionário dos julgadores. Esses, em sua maioria, fecham os olhos para a realidade social em que os indivíduos condenados por tráfico estão inseridos, e optam pela exclusão definitiva, por meio do encarceramento.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira. In prefácio de CARVALHO. **A política criminal de drogas no Brasil (estudo Criminológico e Dogmático)**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Descarcerização e segurança pública. **Revista Carta Capital**. Disponível em: www.cartacapital.com.br/sociedade/descarcerizacao-e-seguranca-publica. Acesso em: 21.jun.2013.

_____. **Segurança pública e direitos fundamentais**. Porto Alegre, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de**

Ciências Criminais, nº 20, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BATISTA, Vera Malaguti. **A criminalização da pobreza**. Entrevista para Amaivos.

Disponível em:

http://amaivos.uol.com.br/amaivos09/noticia/noticia.asp?cod_noticia=7098&cod_canal=41.

Acesso em: 15 de março de 2013.

_____. **Diffíceis ganhos fáceis** – Drogas e a juventude pobre do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BOITEAUX, Luciana. A nova lei anti drogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.14, n. 167, p. 8-9, out. 2006.

_____. **O controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2006.

BOITEUX, Luciana, WIECKO, Ella Volkmer de Castilho (Coord.). **Tráfico e Constituição**. Série Pensando o Direito no 1/2009. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

BOITEUX, Luciana. Aumenta o consumo. O proibicionismo falhou. **Revista Le Monde Diplomatique Brasil**. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=541>. Acesso em: 11 de abril de 2013.

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

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Seletividade da atuação policial na aplicação da Lei de drogas. **Entrevista para a revista Forum**. Disponível em: <http://revistaforum.com.br/blog/2013/10/sociologo-critica-seletividade-da-atuacao-policial-na-aplicacao-da-lei-drogas/>. Acesso em: 13 de outubro 2013.

CARVALHO, Amilton Bueno de, CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro, Lumen, 2008.

CARVALHO. Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (estudo Criminológico e Dogmático)**. RJ: Lumen Juris, 2010.

DURKHEIM, Émile. **Educação e sociologia**. Edição 70, 2013.

GAUER, Ruth M. Chittó. A sedução da liberdade frente à obsessão pela segurança. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 76, São Paulo: Revista dos Tribunais.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Tráfico de drogas e o conceito de controle social: reflexões entre a solidariedade e a violência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 83, São Paulo: Revista dos Tribunais.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011.

KARAM, Maria Lúcia. Drogas e redução de danos. **Revista Brasileira de Ciências**

Criminais, nº 64, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Drogas:** Dos perigos da proibição à necessidade da legalização. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>. Acesso em: 21 set. 2013.

_____. **Drogas:** é preciso legalizar. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>. Acesso em: 21 de setembro de 2013.

_____. **Drogas:** legislação brasileira e violações a direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>. Acesso em: 21 de setembro de 2013.

_____. **Proibição às drogas e violação à direitos fundamentais.** Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>. Acesso em: 21 de setembro de 2013.

MARONNA, Cristiano Ávila. Nova lei de drogas: retrocesso travestido de avanço. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.14, n. 167, Outubro de 2006.

MINGARDI, Guaracy e GOULART, Sandra. **As drogas ilícitas em São Paulo: O caso da Cracolândia**. São Paulo, SP: ILANUD, 2001.

Ministério da Justiça – Sistema Prisional. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em: 21 de setembro de 2013.

MISSE, Michel. **Crime, sujeito e sujeição criminal:** aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria “bandido”. São Paulo: Lua Nova. 2010.

_____. **Sobre a acumulação social da violência no Rio de Janeiro.** Civitas, n. 8. Porto Alegre. 2008.

OLMO, Rosa Del. **A face oculta da droga.** Rio de Janeiro: Revan, 1990.

ROLIM, Marcos. **Quando o fracasso sobe à cabeça:** a ausência de Lucidez na política criminal de drogas. Disponível em: <http://www.sinprors.org.br/extraclass> Acesso em: 30 de setembro de 2013.

SHECAIRA, Sergio Salomão. Tolerância Zero. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 77, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Hélio R. S. Violência e liberdade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 76, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SOARES, Luiz Eduardo. **Proibição do consumo de drogas não é forma de controle eficaz.** Disponível em: <http://www.luizeduardosoares.com/?cat=6&paged=3> Acesso em: 21 de setembro de 2013.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico.** Porto Alegre: 2008.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A criminalização do uso de drogas e a expansão do punitivismo no Brasil. **III Mostra de Pesquisa e de Pós-Graduação**, PUCRS, 2008.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**. Rio de Janeiro, Revan, 2002.

_____. **Drugs: absolutism, relativism and relativism**. 2010.

ZALUAR, Alba. **Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas**, Fgv, 2004.