

**UNIJUÍ - UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO DO RIO  
GRANDE DO SUL**

**RODRIGO OLIVEIRA REZNER**

**POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL E A EFETIVIDADE DA TUTELA  
PENAL NO PROCESSO DE CONTROLE DA CIRCULAÇÃO E CONSUMO DE  
SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES**

Santa Rosa (RS)  
2019

**RODRIGO OLIVEIRA REZNER**

**POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL E A EFETIVIDADE DA TUTELA  
PENAL NO PROCESSO DE CONTROLE DA CIRCULAÇÃO E CONSUMO DE  
SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES**

Trabalho de Conclusão do Curso de  
Graduação em Direito objetivando a  
aprovação no componente curricular Trabalho  
de Curso – TC.

UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste  
do Estado do Rio Grande do Sul.

DCJS – Departamento Ciências Jurídicas e  
Sociais.

Orientadora: M<sup>a</sup> Ester Eliana Hauser

Santa Rosa (RS)  
2019

*Dedico este trabalho à minha família, pelo incentivo, apoio e confiança em mim depositados durante toda a minha jornada.*

## **AGRADECIMENTOS**

À minha família, que sempre esteve presente e me incentivou com apoio e confiança nas batalhas da vida e com quem aprendi que os desafios são as molas propulsoras para a evolução e o desenvolvimento.

À minha orientadora Ester Eliana Hauser, com quem eu tive o privilégio de realizar a presente pesquisa e contar com sua dedicação e disponibilidade, me guiando pelos caminhos do conhecimento.

Aos meus colegas do curso que sempre colaboraram com boa vontade e generosidade, contribuindo imensamente no enriquecimento do trabalho e, principalmente, com meu aprendizado pessoal.

*“Mas a vida ensina, só eu sei o que passei  
A vida não é fácil, mas eu tô ligado, eu sei  
Eu sigo meu caminho, tô firme, tô aí  
Não há nada nessa vida que me faça desistir.”  
Chorão – Charlie Brown Jr.*

## **RESUMO**

A presente pesquisa busca refletir sobre atual política criminal de drogas instituída no Brasil. Em um primeiro momento será exposto o ponto de vista histórico, partindo desde a interação do homem com as plantas naturais, demonstrando que ela sempre existiu durante o transcorrer dos tempos. Perpassa pelo início da proibição e acompanha a evolução legislativa brasileira fazendo referência aos tratados e convenções internacionais. Em seguida, será mostrada a criação do Direito Penal do Inimigo, sendo um modelo criado para fortificar o Estado contra os inimigos da sociedade que persistem em delinquir (indivíduos incapacitados de compreender e respeitar a maneira como a sociedade se organiza, devendo ter tratamento diferenciado de um “cidadão do bem”) e, principalmente, seu antagonismo de modelo punitivista em relação às garantias constitucionais e preceitos internacionais relacionados aos direitos humanos. Posteriormente, em um segundo momentos serão analisadas a Lei nº 11.343/06 especialmente quanto ao tratamento punitivo de consumidores e traficantes de substâncias entorpecentes, abrangendo as condutas e as respectivas penas e a questão da natureza hedionda do tráfico. Além disto, a pesquisa demonstrará o desrespeito que a guerra às drogas causa em face das garantias constitucionais presentes no texto da Constituição Federal. Posteriormente serão expostas as consequências sociais e institucionais que a política de confronto às drogas provoca no corpo social, além de sua baixa efetividade e a necessidade de repensar a lógica de punir. Nesta perspectiva, o presente trabalho irá defender a legalização das substâncias entorpecentes como medida mais propícia ao sucesso em romper os maléficos gerados pela criminalização das drogas, baseando-se no direito a liberdade individual do sujeito, no direito a saúde, deixando de contribuir ao mercado ilícito que arruína a vida daqueles tidos como mais vulneráveis na sociedade, evitando o massivo encarceramento, torturas e mortes.

Palavras-Chave: Política. Drogas. Violência. Proibicionismo. Ineficiência.

## **ABSTRACT**

The present research intends to reflect on current criminal drug policy instituted in Brazil. At a first moment will be exposed the historical point of view, starting from the interaction of man with the natural plants, will be exposed at first, demonstrating that this interaction has always existed during the course of time. It goes through the beginning of the prohibition and follows the Brazilian legislative evolution referring to international treaties and conventions. Subsequently, the creation of the Criminal Law of the Enemy will be shown, being a model created to fortify the State against the enemies of the society that persist in delinquent (individuals incapacitated to understand and respect the way the society organizes, having to treat differentiated of a "law-abiding citizen") and, mainly, its antagonism of punitive model in relation to constitutional guarantees and international precepts related to human rights. Subsequently, in a second moment Law 11,343 / 06 will be analyzed especially regarding the punitive treatment of consumers and traffickers of narcotic substances, covering the conducts and respective penalties and the question of the hideous nature of the traffic. In addition, the research will prove the disrespect that the war on drugs causes in the face of the constitutional guarantees present in the text of the Federal Constitution. Proceeding, in a third moment will be exposed the social and institutional consequences that the policy of confronting drugs causes in the social body, in addition to its low effectiveness and the need to rethink the logic of punishing. In this perspective, the present work will defend the legalization of drugs as a measure more conducive to success in breaking the malefics generated by the criminalization of drugs, based on the individual's right to individual freedom in the right to health, failing to contribute to the illicit market which ruin the lives of those held as most vulnerable in society, avoiding the massive incarceration, torture and death.

Keywords: Politics. Drugs. Violence. Prohibitionism. Inefficiency.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1 POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL, REPRESSIVISMO PENAL E A CONSOLIDAÇÃO DO MODELO PENAL DO INIMIGO.....</b>	<b>10</b>
1.1 Política criminal de drogas no Brasil: aspectos históricos e evolução legislativa.....	10
1.2 Repressivismo penal e a lógica de “guerra às drogas” no cenário mundial .. Erro! Indicador não definido.	
1.3 O traficante como “inimigo” social e a política de guerra às drogas: entre o direito penal do inimigo e o estado de exceção .....	18
<b>2 O TRATAMENTO PENAL DO TRÁFICO E DO CONSUMO DE DROGAS NO BRASIL A PARTIR DA LEI Nº 11.343/06: QUESTÕES LEGAIS E CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>24</b>
2.1 O tratamento penal do consumo de drogas a partir da Lei nº 11.343/06.....	24
2.2 O tratamento punitivo da conduta de tráfico a partir da Lei nº 11.343/06 .....	28
2.2.1 <i>Condutas típicas e respectivas penas</i> .....	29
2.2.2 <i>Natureza hedionda da conduta de tráfico, regime inicial de execução da pena e a possibilidade de aplicação de penas alternativas (Inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei)</i> .....	31
2.2.3 <i>A questão do traficante consumidor</i> .....	36
2.3 A política de guerra às drogas face às garantias constitucionais presentes no texto da Constituição Federal de 1988 .....	38
<b>3 AS CONSEQUÊNCIAS INSTITUCIONAIS E SOCIAIS DA POLÍTICA CRIMINAL DE “GUERRA ÀS DROGAS” E A EFETIVIDADE DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL .....</b>	<b>41</b>
3.1 Consequências sociais e institucionais .....	41
3.2 A baixa efetividade da política criminal de drogas no Brasil.....	49
3.3 A necessidade de repensar a lógica da criminalização .....	52
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>59</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>62</b>



## INTRODUÇÃO

A pesquisa estuda a política criminal de drogas e a efetividade da tutela penal no processo de controle da circulação e consumo de substâncias entorpecentes no Brasil. A partir disso, expõe as diferentes justificativas para a utilização de mecanismos de controle penal - especialmente contra substâncias estupefacientes - por parte do Estado, construídas por diferentes autores, avaliando, ao final da exploração teórica e da análise contemporânea de legislações, a necessidade de superar ou não o modelo proibicionista e a lógica da criminalização.

A justificativa fundamental para a abordagem da temática diz respeito a real necessidade de colocarem-se em discussão os efeitos gerados pela atual política criminal de drogas, em especial nos prismas econômicos e sociais. Ademais, a política criminal de drogas desempenha uma função importantíssima nos panoramas de definição da punitividade, sendo esse objeto constantemente debatido em sociedade.

Para enriquecer a coleta de informações e propiciar um aprofundamento no estudo, foram realizadas pesquisas bibliográficas e por meio eletrônico, buscando demonstrar os fatos que contribuíram para a consolidação de uma política criminal de drogas baseada na lógica de guerra e do repressivismo. Ademais, outro problema orientador da pesquisa diz respeito em que medida a política repressivista tem se mostrado efetiva no controle da circulação e consumo de substâncias entorpecentes no Brasil. E, também, aborda as consequências sociais e institucionais da adoção desta política baseada essencialmente na lógica de repressão.

Inicialmente, no primeiro capítulo, foi necessário expor a construção teórica do modelo repressivo da política antidrogas, unida ao direito penal do inimigo, enquanto modelo norteador da “guerra” aos traficantes, em especial em países periféricos como o Brasil. Dessa

forma, examinou-se a evolução legislativa aprovada no país, em conjunto dos tratados internacionais firmados, associando a influência do modelo norte americano na lógica repressivista. Além disso, foi destacada a quebra de garantias constitucionais frente à teoria de direito penal do inimigo introduzida por Gunther Jakobs.

No segundo capítulo tratou-se da necessária abordagem de questões legais e constitucionais da Lei nº 11.343/2006, essencialmente quanto ao tratamento punitivo. Diante disso, levantou-se a discussão da constitucionalidade do proibicionismo e a natureza hedionda da conduta de tráfico, regime inicial de execução de pena e a possibilidade de aplicação de penas alternativas.

E por fim, no terceiro capítulo foi desenvolvida uma reflexão quanto a eficiência da atual política de combate às drogas e as consequências sociais e institucionais que esta causa, em especial o crescimento da violência na sociedade, o encarceramento, militarização do controle, a criminalização da pobreza, a superlotação de presídios, exclusão social, problemas na saúde, cachina de policiais e civis, além de trazer uma análise econômica da proibição das drogas. Ao final, demonstra a possibilidade de descriminalização dos estimulantes (ainda que paulatinamente), regularizando sua circulação e consumo, uma vez que a tendência mundial caminha nesse sentido.

A partir desse estudo verificou-se que a guerra às drogas já causou milhões de mortes, matando muito mais que o próprio consumo do produto. A descriminalização é um meio de romper esse sistema falho e partir adiante, enfrentando, de fato, a questão da violência. Portanto, para aprimorarmos a vida em sociedade, baseada em uma segurança pública efetiva, juntamente da liberdade do indivíduo em não estar impedido pelo Estado de gozar de recursos que o trazem felicidade, a presente pesquisa foi motivada a provocar e a contribuir neste problemão enfrentado no mundo todo, buscando expor uma visão diferenciada no real enfrentamento do problema.

## **1 POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL, REPRESSIVISMO PENAL E A CONSOLIDAÇÃO DO MODELO PENAL DO INIMIGO**

Muito se tem discutido, hoje em dia, sobre o modelo de Política Criminal de drogas preferido no Brasil, envolvendo variadas justificativas para a utilização de mecanismos de controle penal contra as drogas, exercidas pelo Estado. Contudo, antes de adentrar nas discussões que a pesquisa propõe, é de fundamental importância que seja realizada a análise do conceito de Política Criminal, e, seguidamente, os aspectos históricos, a evolução legislativa no Brasil e como se desenvolveu o repressivismo penal e a lógica de “guerra às drogas” no cenário mundial.

### **1.1 Política criminal de drogas no Brasil: aspectos históricos e evolução legislativa**

A Política Criminal pode ser conceituada como o controle social da criminalidade, servindo de instrumentos para regulamentar os delitos através da repressão, cujos indivíduos desordeiros venham, em um determinado momento, a praticar infrações na sociedade. Nessa perspectiva, Feuerbach (apud Delmas Marty, 1992, p. 24) considerava a Política Criminal como “[...] o conjunto de procedimentos repressivos por meio dos quais o Estado reage contra o crime [...]”.

Neste passo, é o meio pelo qual o Estado consegue manter a ordem, reagindo contra a criminalidade, garantindo aos demais cidadãos a confiança depositada no Estado para lidar com essas questões, tratando que esta conduta praticada pelo transgressor mereça as devidas correções e tudo volte à normalidade (paz social).

No entanto, houve uma expansão no conceito de Política Criminal, incluindo ao seu objeto procedimentos preventivos em relação à criminalidade, não apresentando como solução somente a prática punitiva necessária. Verificou-se que as medidas estratégicas de prevenção seriam tão importantes quanto às medidas de repressão, adicionando, a partir desse momento, a responsabilidade da política criminal em perceber e avaliar as técnicas de controle utilizadas (pelo Direito Penal) para confrontar todas essas situações infelizes na sociedade.

À vista do aludido acima, Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 132) elucidam:

A Política Criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que ineludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.

No mesmo espírito, complementa Fragoso (1994, p. 16) com a importância da prevenção “Política criminal é a denominação empregada pela ONU para designar o critério orientador da legislação, bem como os projetos e programas tendentes a mais ampla prevenção do crime e controle da criminalidade”.

Assim, a Política Criminal simboliza os rumos pelo qual o Estado atuará no momento de prevenir ou reprimir o crime, sendo princípios teóricos básicos da organização estatal. De outro modo, passa a decidir e planejar as questões de criminalidade, orientando o Estado na função de produzir normas jurídicas baseadas nestes preceitos político-criminais construídas.

Apresentado o conceito de Política Criminal, evidencia-se, ao analisar aspectos históricos e a evolução legislativa referente às drogas, que desde os primórdios da humanidade, por inúmeras razões, o homem tinha relações com ervas naturais, sejam para alteração na percepção de gozo recreativo ou para ter uma proximidade com deuses, efeitos médicos (principalmente para parar com a dor sofrida), efeitos afrodisíacos (melhor desempenho sexual) e poder bélico (ganho de rendimento nas batalhas enfrentadas). À vista disso, é difícil precisar exatamente a partir de que momento na história se resolveu considerar determinadas substâncias como ilícitas. Neste sentido Salo de Carvalho (2016, p. 46) observa:

A origem da criminalização (das drogas), portanto, não pode ser encontrada, pois inexistente. Se o processo criminalizador é invariavelmente moralizador e normalizador, sua origem é fluída, volátil, impossível de ser adstrita e relegada a objeto de estudo controlável.

Mesmo com a impossibilidade de definir o marco inicial da proibição, é notório que o repúdio às drogas teve crescimento considerável a partir da Modernidade, com a chegada do capitalismo (segunda fase). Na visão de Torcato (2014), a partir do momento em que os estimulantes passaram a ter um valor diferenciado, deixando de ser utilizados como objetos pessoais e sem custo, transfigurando em mercadorias de grande demanda com valores embutidos, surgiu a reprovação estatal. Como consequência, esses bens de consumo que não tinham valor econômico passaram a ser explorados pelas elites econômicas e políticas dos países das Américas, resultando na influência de criação de políticas em combate às drogas,

objetivando a dominação do mercado, proibindo ou permitindo quando entenderem conveniente. Ademais, a igreja católica se posicionou contra as drogas, em busca da pureza moral do cidadão.

Em se tratando de Brasil, sabe-se que o momento inicial em que as substâncias entorpecentes passaram a serem tomadas como proibidas se deu durante as Ordenações Filipinas, em seu livro V, de 1603, ainda que neste código não empregasse a palavra “droga”, porém utilizando-se da expressão “material venenoso”. Destaca-se que entre 1830 e 1890 não existiu legislação que versasse sobre o assunto. (CARVALHO, S. 2016)

A contar de 1890, com o Código Penal Republicano, foi o primeiro documento de lei brasileiro que dispôs expressamente sobre a proibição de determinadas substâncias as quais faziam mal as pessoas, tendo a necessidade de regulação. Em seu Artigo 159 (BRASIL, 1890) dizia que “expor á venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legítima autorização ou sem as formalidades prescriptas no regulamento sanitário: Pena de multa de 200\$ a 500\$000.”.

Desta maneira, de acordo com Nilo Batista (1997) os documentos até então vigentes não faziam disposição sistematizada da proibição às substâncias entorpecentes, insistindo ainda em substâncias venenosas. Assim, a legislação anterior a 1914 não dispunha de normas que pudesse reproduzir conexão programática específica com “drogas”.

Vale ressaltar que entre 1909 e 1936 sobrevieram Convenções Internacionais que influenciaram muito nas legislações a respeito das substâncias estupefacientes. A partir do século XIX, a Europa e os Estados Unidos vivenciaram uma elevada diversidade de drogas com as quais não havia nenhum reconhecimento cultural. Nessa perspectiva, SILVA (2011, p. 1) muito bem pontua em seu artigo, expressando “as substâncias psicoativas deixaram de ser ministradas segundo preceitos culturais, ritualísticos e litúrgicos, para converterem em mercadorias, bens de consumo.”.

Em outros dizeres, com a transformação capitalista dos valores das substâncias entorpecentes, reproduziu-se um efeito de impacto social preocupante, havendo vários registros de overdoses, um aumento significativo de complicações à saúde devido ao excessivo consumo dessas substâncias, uma vez que se desconheciam as consequências reais

desses estimulantes, refletindo em uma necessidade imediata de combater esse mal que adentrou no território.

Além disso, em conjunto dessa conversão capitalista estava a expansão industrial por toda a Europa e as Guerras do Ópio, desenrolando-se momentos importantes para levarem em discussão na sociedade a necessidade de implantar políticas públicas visando regularizar as regras do comércio e do consumo das drogas.

Em consequência disso, os Estados Unidos avançou e passou a liderar esse embate, buscando unir forças para combater e controlar as drogas. Assim, coloca Silva (2011, p. 1):

Os Estados Unidos foram o principal expoente na cruzada moral contra o consumo de drogas. Passaram a tentar, em nível internacional, controlar o comércio de opio para fins não medicinais. Haveria, por parte dos americanos, dois motivos, que se sobreporiam aos aspectos sanitários: adaptar os imigrantes do século XIX ao estereótipo moral da elite anglo-saxônica protestante, penalizando os desviantes; e conquistar espaço de manobra e poder econômico nos mercados do oriente, então dominado pelos ingleses.

Com a pressão internacional sobre a mercantilização desregrada, sobretudo para evitar problemas sociais por essa epidemia de uso de tóxicos, em 1909 aconteceu a primeira conferência de Xangai, fazendo parte 13 países. Essa conferência nos trouxe importantes questões, segundo Lima (2009), citadas por Carvalho (2014, p. 3):

Para fazer do governo da América do Norte líder da agenda sobre o controle de drogas no mundo, para fortalecer a ideia de ‘uso legítimo’, cuja legitimação passava pela autoridade médica e, por fim, para estabelecer o alvo, isto é, a oferta, o que significava uma ofensiva a países produtores.

Subsequente, em 1911, realizou-se uma nova conferência com objetivo de transformar os debates anteriores em uma Convenção. Deste modo, surgiu a primeira Convenção Internacional do Ópio, organizada em Haia, do qual o Brasil foi assinante, resultando no Decreto nº 11.481 de 10 de Fevereiro de 1915 e dando as primeiras diretrizes do “modelo sanitário” dito por Nilo Batista. Assim, Batista (1997, p. 2) assenta que “é nesta ocasião que a política criminal brasileira para drogas começa a adquirir uma configuração definida, na direção de um modelo que chamaremos ‘sanitário’, e que prevalecerá por meio século.”.

De acordo com Silva (2011) o modelo sanitário se caracterizou pela não criminalização do usuário de drogas, a qual buscava a recuperação do viciado através da

utilização de métodos higienistas, ainda que as autoridades policiais, judiciais e sanitárias se faziam presente no tratamento. Há de se destacar que, caso fosse necessário, caberia ao sujeito internação compulsória por meio de decisão judicial com auxílio de laudo médico. Do mesmo modo, o modelo sanitário também regulava da importação das substâncias entorpecentes, devendo toda a mercadoria apresentar certificado original e característico sob pena de crime de contrabando. Destaca-se que a partir daqui surge o modelo bélico da qual nasce a figuração do traficante delinquente.

Mais a frente, deu-se mais três convenções que merecem destaque. São elas: o Acordo de Genebra (1925), e posteriormente mais duas convenções também ocorridas em Genebra, em 1931 e 1936.

Conforme Juliana França David (2018), a primeira, de 1925, atingia o compromisso de todos os países signatários em revisar periodicamente suas leis e regulamentos internos, assim como fiscalizar a importação e exportação de substâncias entorpecentes, entre outras medidas. A segunda, em 1931, tratava da normatização dos estoques de cada Estado, sendo necessário regularizar os rótulos da comercialização dos produtos, bem como previa a troca de informações entre países, facilitando no processo de descobrimento em caso de tráfico ilícito. A terceira, em 1936, abordava sobre os problemas da extradição e reincidência internacional, provenientes da repressão ao tráfico internacional, entre outros conteúdos.

Em 1940, com o Código Penal, é possível perceber que o legislador uniu o tráfico de entorpecentes e o porte pessoal de drogas em um só crime. Entendeu-se nesse período que seria necessário intensificar, endurecer as normas do modelo sanitário, muito embora ainda se descriminalizasse o uso, tratando o usuário como doente. Ao mesmo tempo, quanto ao comércio de drogas ilícitas, se criminalizava e exigia mais controle estatal. (CARVALHO, S. 1996)

Segundo Carvalho (1996) com o golpe militar e a passagem ao modelo bélico, a questão das drogas começou defrontar com uma verdadeira guerra, haja vista o cenário perfeito para seu desenvolvimento. Este modelo discursava em torno do traficante, inimigo da sociedade, que deveria ser combatido, neutralizado. A partir daqui, as substâncias estupefacientes se tornaram real inimigo interno dos Estados Unidos, e logo o Brasil ocupou o

mesmo posicionamento no tratamento às drogas. Este momento fica claro na tese de mestrado de Salo de Carvalho, como bem pontua:

Além da “demonização” da droga e do estabelecimento da ideologia da diferenciação, outra decorrência do uso político dos entorpecentes foi sua visualização, pelas agências de poder, no que tange à matéria de segurança interna, como “inimigo interno”. Da mesma forma que os Estados Unidos impõem sua política econômica e transnacionalizam a ideologia da Segurança Nacional, na década de sessenta, também incorporam os países da América Latina no processo de combate às drogas. (CARVALHO, S. 1996, p. 30)

Em 1964 é apontado como o marco divisório entre o modelo sanitário e o modelo bélico, acontecendo uma constante ampliação na repressão, efeito da redução das liberdades democráticas, perdurando até o final da década de 70.

Em 1988, com a Constituição Federal Brasileira, o fim das ditaduras e da guerra fria, o enfrentamento do tráfico de drogas passou a ser inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. Ademais, em 1990 foram editados os crimes hediondos, por meio da Lei 8.072/90, trazendo a autorização da extradição de brasileiro em caso de envolvimento com tráfico ilícito de entorpecentes, reforçando ainda mais a utilização do sistema punitivo como combate às drogas.

Passando a atual legislação de drogas no Brasil (Lei nº 11.343/06), esta tem como conteúdo controlar a produção não autorizada e o tráfico de entorpecentes, além de tipificar vários crimes relacionados, como por exemplo, o uso de substâncias entorpecentes. Vale destacar seu rol taxativo, verificando 47 (quarenta e sete) substâncias listadas tidas como desautorizadas no Brasil. Na opinião de Salo de Carvalho (2016, p. 385) a lei de drogas frustra as expectativas dos antiproibicionistas em razão de permanecer aplicando rigoroso tratamento penal, especialmente na fase processual e executória, no que concerne ao tráfico ilícito. Em relação aos consumidores, não traz nenhum avanço, somente fortalecendo o discurso psiquiátrico de origem etiológica.

## **1.2 Repressivismo penal e a lógica de “guerra às drogas” no cenário mundial**

Com o espelhamento em tratados e convenções internacionais, o Brasil instaura um novo sistema de controle penal sob as substâncias entorpecentes, sendo a Lei nº 6.368/76. Pela falta de robustez que o modelo médico-jurídico apresentava no sentido de intensificar a



repressão, abriu-se espaço para a elaboração de um novo sistema, baseado na dura punição, resultando no nascimento do discurso jurídico-político.

A partir daqui é criada a figura do narcotraficante, estratégia global de controle penal sobre as drogas, com a finalidade de variar as penas, considerando os antecedentes e a personalidade do sujeito (traficante). De acordo com Salo de Carvalho (2016, p.59) esta globalização de controle obteve êxito com a Convenção Única sobre Estupefacientes, ratificada por mais de cem países em 1960. Em 1971, Viena, ocorre a consolidação, aprovando o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas.

A estratégia dos Estados Unidos da América - que por sua vez liderava o combate às substâncias entorpecentes -, comandada por George Bush, foi a de “conduzir a opinião pública a eleger as drogas, principalmente a heroína e a cocaína, como (novo) inimigo interno da nação. Todavia, com a popularização do consumo, [...] o inimigo interno teve de ser substituído, projetando-o ao exterior.” (CARVALHO, S. 2016, p. 60).

Como muito bem coloca Rosa del Olmo, (Apud CARVALHO, 2016, p.60) este processo de transferência acabou gerando uma divisão entre o mundo livre em oposição aos países inimigos, lançando um efeito de pânico geral. O Oriente foi posto como adversário do Ocidente, inclusive sendo criadas teses de que a China estava envenenando o Ocidente com heroína.

Vale lembrar que a América Latina não ficou livre das especulações, especialmente os países andinos, pela alta produção de cocaína. Percebe-se certa vitimização doméstica que os Estados Unidos da América passaram a divulgar, principalmente ao culpabilizar os países estrangeiros produtores de substâncias estupefacientes, decorrendo em um reflexo diretamente ligado às políticas de segurança pública, desenrolando-se um apoio oficial ao modelo de repressivismo por parte de toda a América Latina, incluindo o Brasil que servia de rota de passagem do comércio internacional.

Com o advento da Lei nº 6.368/76, cria-se o “[...] modelo padrão básico do traficante-delinquente e do usuário-doente”, e segundo Carvalho (2016, p. 62), o “[...] discurso jurídico-político no plano da segurança pública transforma a imagem do traficante no papel (político)

do inimigo interno”, ou seja, caberá o agravamento de pena para estes sujeitos, buscando a eliminação e/ou neutralização, uma vez que se justifica na forma de execução.

Assim, Vera Batista (1998, p.74) nos esclarece:

No início dos anos setenta aparecem as primeiras campanhas de ‘lei e ordem’ tratando a droga como inimigo interno. Permitia-se assim a formação de um discurso político para que a droga fosse transformada em uma ameaça à ordem. As ações governamentais e a grande mídia trabalham o estereótipo político criminal. Na medida em que se enuncia a transição democrática, este novo inimigo justifica maiores investimentos no controle social.

Desta forma, consoante com Salo de Carvalho (2016), no final da década de 70 acontece a mistura entre dois modelos ideológicos diferenciados, que formatarão o modelo repressivo proibicionista nacional. Junta-se a ideia de Defesa Social, embasada na aplicação judicial, com o modelo de Segurança Social, abrangendo a necessidade de introduzir uma lógica militarizada. Assim sendo, tornou-se o discurso Médico-Jurídico-Político.

Em outros dizeres, a título de exemplo para melhor esclarecimento, o discurso Médico-Jurídico-Político trata de prevenção e da repressão ao tráfico, chamando as pessoas a colaborar com o tráfico ou uso indevido das drogas, mobilizando toda a nação. Conforme Vicente Greco Filho (1995) considerava que o chamamento das forças da Nação no combate aos tóxicos passou-se a uma verdadeira guerra santa.

Com a adoção desta política, desde a década de 70 até os dias de hoje, é possível enquadrar a fala de Vera Batista (1998, p.122) perfeitamente sobre a realidade do tráfico:

Este quadro propiciou um colossal processo de criminalização de jovens pobres que hoje superlotam os sistemas de atendimento aos adolescentes infratores. A visão seletiva do sistema penal para adolescentes infratores e a diferenciação no tratamento dado aos jovens pobres e aos jovens ricos, ao lado da aceitação social que existe quanto ao consumo de drogas, permite-nos afirmar que o problema do sistema não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da juventude considerada perigosa.

À vista do exposto acima, percorrendo o estatuto político criminal da Lei nº 6.368/76, pode-se avistar que a política de repressão provocou a potencialização global da guerra às drogas. O consentimento brasileiro em cooperar com o sistema internacional de controle da criminalidade das drogas é claramente palpável, fazendo-se ainda mais nítido no subtítulo

posterior, com a explanação da política do Direito Penal do Inimigo, havendo resquícios por todo o ordenamento jurídico brasileiro.

### **1.3 O traficante como “inimigo” social e a política de guerra às drogas: entre o direito penal do inimigo e o estado de exceção**

Em um contexto de expansão do direito penal, caracterizada pela inserção de novos tipos penais e a majoração dos já existentes, principalmente devido ao aumento da criminalidade global, Matheus Magnus Santos Lemini (2010) coloca que surge como resposta a essas questões: o Direito Penal do Inimigo. Elaborada pelo doutrinador alemão Gunther Jakobs, em 1985, a fim de garantir a sociedade um modelo estatal forte e consistente que versasse como resposta ideal no tratamento dos transgressores contínuos que descumprissem seguidamente normas estatais, redigiu sua tese sobre políticas públicas de combate a criminalidade.

A referida tese, chamada de Direito Penal do Inimigo, está respaldada na ideia de aplicar normas mais severas àqueles identificados como inimigos sociais, tendo como efeito excluir direitos e garantias fundamentais deste indivíduo, inclusive garantias processuais. Através deste modelo, o referido autor sustenta que se o agente transgressor não é capaz de manter-se fiel às normas estatais, será punido sem compadecimento, uma vez que o mesmo não se importa com os valores conservados da sociedade.

Assim, Jakobs (2007, p. 42) define que “o estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação.”.

Silveira (2017) caracteriza a construção teórica elaborada pelo jurista alemão, mencionando dois tipos de ideais: o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. Em sua tese, visando combater criminosos perigosos e proteger a sociedade, propõe que nem todas as pessoas possuem garantias penais e processuais. Aliás o inimigo posto por ele deveria ser considerado como não pessoa, tendo em vista sua natureza em delinquir, não sendo capaz de seguir a organização social pela qual se estabeleceu, negando a soberania do Estado.

Acerca do Direito Penal do Cidadão, Silva Filho (2010, p. 96) entende que:

A esta pessoa é plenamente assegurado o devido processo legal, sendo-lhe asseguradas todas as garantias penais e processuais existentes para que possa se ajustar com a sociedade. Para o Estado esta pessoa não é inimigo, mas apenas um autor de fato normal e que, ainda que cometa delito, mantém o status de pessoa, mas não vê no indivíduo um inimigo que precisa ser destruído, mas o autor de um fato normal, que, mesmo cometendo ato ilícito, mantém seu status de pessoa e cidadão dentro do Direito.

Assim, ao cidadão são lhe garantidos todos os direitos, mesmo que por conveniência venha praticar um delito. Possui capacidade de se redimir perante a sociedade e busca voltar a sua condição normal, até porque atua com fidelidade ao ordenamento jurídico, respeita a norma e confirma as consequências penais impostas pelo Estado.

Acerca do Direito Penal do Inimigo, apresenta Larizzatti (2009, p. 17):

O direito penal do cidadão tem por finalidade manter a vigilância da norma; o direito penal do inimigo, o combate de perigos. O direito penal do cidadão trabalha com um direito penal do fato; o direito penal do inimigo, com um direito penal do autor. O direito penal do cidadão pune fatos criminosos; o direito penal do inimigo, a periculosidade do agente. O direito penal do cidadão é essencialmente repressivo; o direito penal do inimigo, essencialmente preventivo. O direito penal do cidadão deve se ocupar, como regra, de condutas consumadas ou tentadas (direito penal do dano), ao passo que o direito penal do inimigo deve antecipar a tutela penal, para punir atos preparatórios (direito penal do perigo). Enfim, o direito penal do cidadão é um direito de garantias; o direito penal do inimigo, um direito antigarantista.

Em relação ao inimigo, não lhe são garantidos direitos, devendo perder todos os direitos como cidadão e como ser humano, uma vez que este pretende destruir o Estado e não há forma de recuperação. Por ser fonte de perigo a sociedade, não se mantém o Estado Democrático de Direito, desaparecendo benefícios que a pessoa dispõe. Ademais, é punido por medida de segurança, ressaltando sua periculosidade, uma vez que pressupõe que este determinado indivíduo apresenta excessiva hostilidade social. E ainda, destaca-se a punição de perigo futuro que este representa, não referindo-se apenas as questões passadas.

Vale demonstrar a interessante extração que Gomes (2010, p. 1) realiza na obra de Jakobs, determinando que os inimigos por ele colocados “são criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas.”. Em outros dizeres, aquele sujeito que recusa a forma definida do Direito e não demonstra uma possível reversão de postura, é tratado como inimigo.

Ainda, neste sentido, Lemini (2010, p. 2) aduz que entre o direito penal do inimigo e o direito penal do cidadão:

[...] o modelo punitivista proposto por Jakobs deve eleger indivíduos transgressores, os quais, ao serem identificados, sujeitar-se-iam a um direito penal diferenciado, de exceção, com supressão das garantias fundamentais do ser humano, fundada na sua não capacidade de adequar-se à sociedade e baseado na possibilidade de que sua condição como ser humano, equipara-se a sua qualidade como cidadão, podendo ser retirada ao alvitre estatal, sujeitando-se não a penas, como caberia ao cidadão, mas as medidas de segurança, com vistas à garantias e preservação da norma e do Estado.

Segundo esta idealização, para que uma norma efetivamente defina a estrutura de uma sociedade, todas as pessoas devem se comportar de acordo com as normas, não buscando a violação destas. Em outras palavras, deve haver uma segurança cognitiva, propiciando mais eficiência na gestão de riscos despertada pela criminalidade.

Pode-se afirmar que, segundo a colocação de Lemini (2010), o direito penal do inimigo é organizado em três eixos. O primeiro deles trata-se da antecipação de punição do inimigo, ou seja, é possível efetivar a punição mesmo frente a um ato preparatório, antes mesmo do cometimento do ato criminoso. O segundo desenvolve-se na desproporcionalidade das penas, relativizando e anulando garantias processuais, isto é, as penas devem ser muito mais penosas, rigorosas e inflexíveis do que as penas sofridas por um cidadão “normal”, expondo a toda à sociedade a periculosidade do inimigo, desconsiderando garantias fundamentais que o resguardariam. A terceira sustenta-se na elaboração de leis verdadeiramente reprimendas, direcionadas estritamente aos autores apontados como inimigos.

No mesmo sentido, Meliá (2007, p. 67) esclarece:

O direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva [...]. Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas [...]. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Destarte, é possível perceber que o direito penal do inimigo opera com presunção e desconfiança, não somente punindo fatos passados que o inimigo cometa, mas também fatos futuros que possivelmente venha cometer.

[...] nesse caso, a perspectiva não só contempla retrospectivamente o fato passado que deve ser submetido a Juízo, mas também se dirige – e sobretudo – para frente, ao futuro, no qual uma <<tendência a [cometer] fatos delitivos de considerável gravidade>> poderia ter efeitos <<perigosos>> para a generalidade. (JAKOBS, 2007, p. 23)

À vista do aludido acima, é interessante observar que a principal característica do direito penal do inimigo está concentrada na busca pela eliminação daqueles sujeitos escolhidos como inimigos, construindo uma verdadeira guerra entre o “bem” e o “mal”, agregando uma ânsia punitiva baseada em um antigarantismo.

O problema é que na teoria criada pelo jurista alemão, inicialmente se tinha como propósito combater o terrorismo, entretanto, sua tese está se expandindo e agregando toda e qualquer organização criminal. Nesta perspectiva, garantias inerentes a pessoa humana serão rompidas, apresentando uma dificuldade de controle na hora de definir determinados grupos como potencialmente perigosos, desfazendo a própria noção de Estado Democrático de Direito.

Assim, argumenta Salo de Carvalho (2016, p. 115):

A inevitável ampliação do conceito de inimigo, ao ultrapassar o marco dos integrantes de “grupos terroristas” para agregar as demais “organizações criminosas” organizadas, fornece condições de expansão das malhas da punitividade com radical ruptura dos sistemas de garantias. A beligerância do discurso penal do inimigo transpõe as ações de desrespeito aos direitos exercidas pelas agências repressivas (ilegalidades toleradas), do plano fático ao discurso legitimador, abrindo espaços para a justificação do terrorismo de Estado (direito penal do terror) através da aplicação do direito penal (do inimigo).

Podemos citar como exemplo um caso em que um consumidor de substâncias entorpecentes é enquadrado pela polícia e é classificado como traficante. Este sujeito simplesmente não terá nenhuma proteção e garantia estatal na fase investigatória, no decurso do processo e posteriormente uma possível condenação. O trato diferenciado neste caso vestiria uma injustiça terrificante, permitindo chegar ao ponto em que Ferrajoli (2014, p. 355) conclui de forma sublime:

[...] a história das penas é seguramente mais horrenda e infame para a humanidade que a própria história dos delitos: porque mais cruel, e talvez mais numerosa, que as violências produzidas pelos delitos foram as produzidas pelas penas; e porque enquanto o delito tende a ser uma violência ocasional, e as vezes impulsiva e necessária, a violência infligida pela pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Contrariamente à fantasiosa função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história produziu ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de mortificações incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos.

Apesar de muitos acreditarem que esta tese não serve como solução para conflitos sociais, especialmente para aqueles que defendem o movimento minimalista do direito penal, acontece que os legisladores, na ansiedade de promover uma solução rápida e “efetiva” nos olhos da sociedade, estando esta com uma sensação de indefesa na presença do aumento da criminalidade, têm-se socorrido a legislações esparsas que se emolduram exatamente no modelo proposto por Jakobs.

Exemplos da aplicação do Direito Penal do inimigo estão nas legislações de Crimes Hediondos e do Regime Disciplinar Diferenciado, nas quais se permite um tratamento diferenciado aos autores que cometam crimes intitulados nesses mandamentos.

A crítica ao Direito Penal do Inimigo está justamente no estado de exceção que este deveria atuar, ou seja, precisaria de suas ações somente em situação de emergência nacional, caracterizando-se pela suspensão temporária de direito e garantias constitucionais, possibilitando devida eficiência no momento em que o Estado decidiria a melhor medida a ser tomada para proteger o regime democrático e a soberania do Estado.

Nesta perspectiva, Canotilho (2005, p. 1085):

[...] previsão e delimitação normativo-constitucional de instituições e medidas necessárias para a defesa da ordem constitucional em caso de situação de anormalidade que, não podendo ser eliminadas ou combatidas pelos meios normais previstos na Constituição, exigem o recurso a meios excepcionais. Trata-se, por consequência de submeter as situações de crise e de emergência (guerra, tumultos, calamidades públicas) à própria Constituição, ‘constitucionalizando’ o recurso a meios excepcionais, necessários, adequados e proporcionais, para se obter o restabelecimento da normalidade constitucional.

Segundo Jakobs (2007), a punição diferenciada seria contra o criminoso (inimigo) de acordo com a periculosidade que este representa. Entretanto, na verdade, as regras são

aplicadas a todos os indivíduos infratores, ficando difícil diferenciar na prática o indivíduo do “bem” e o indivíduo do “mal”, resultando e fixando que todos são inimigos do Estado.

Dessa maneira, Zaffaroni (2007, p. 164) nos esclarece:

Essas medidas de contenção são aplicadas automaticamente a todos aqueles suspeitos de serem infratores e só se lhes faz cumprir um resto de pena formal nos poucos casos em que uma sentença firme pronunciada depois de anos verifica que se trata efetivamente de um infrator e que, além disso a pena excede o tempo que a medida durou.

Á vista disso é possível perceber uma insegurança jurídica na aplicação das medidas caracterizadas pelo Direito Penal do Inimigo, haja vista que o simples fato de estar na condição de suspeito gera imediatamente dúvidas de ser ou não ser um inimigo, produzindo uma incerteza gigantesca na hora de punir.

Diante do quanto exposto, resta visível a incompatibilidade da aplicação desta tese em um Estado Democrático de direito, em razão de este resguardar princípios e garantias individuais de direito, principalmente elencados na Constituição Federal. No próximo capítulo, serão abordadas as questões legais e constitucionais acerca do tratamento penal em relação às drogas, esmiuçando, sobretudo a Lei nº 11.343/06.



## **2 O TRATAMENTO PENAL DO TRÁFICO E DO CONSUMO DE DROGAS NO BRASIL A PARTIR DA LEI Nº 11.343/06: QUESTÕES LEGAIS E CONSTITUCIONAIS**

De acordo com César Dario Mariano da Silva (2016) a Lei nº 6.368/76, que proibia as condutas relacionadas ao porte e tráfico de drogas, não se apresentava mais como uma solução efetiva, em especial tendo em vista o aumento da criminalidade organizada e com a não distinção entre usuários e traficantes. A partir da entrada em vigor da Lei nº 11.343/06, o usuário, dependente e traficante de drogas passaram a ser tratados de forma diferenciada.

Nesta perspectiva, será analisado a seguir quanto ao tratamento penal dessa classificação trazida pela legislação, observando as garantias constitucionais amparadas pela Constituição Federal de 1988. Em suma, quando se trata de usuário ou dependente não há a possibilidade de prisão ou detenção, da qual passou a aplicar penas restritivas de direitos, buscando atenuar sua pena. Entretanto, ao traficante serão impostas penas mais severas, tendo em vista utilizar-se de meio ilícito para se profissionalizar e lucrar em cima desta atividade. Com mais detalhes, segue o trabalho.

### **2.1 O tratamento legal do consumo de drogas a partir da lei nº 11.343/06: descriminalização ou despenalização**

No Brasil, muita discussão doutrinária e jurisprudencial foi desencadeada com a introdução da lei nº 11.343/06, em virtude da atualização legislativa que passou a dissertar sobre, além do combate na repressão do tráfico de drogas, mas também quanto à prevenção ao uso indevido de drogas, de assistência e de reinserção social do usuário.

Ao tratar da posse de drogas quanto ao uso pessoal, a referida lei vem sofrendo várias críticas desde o início de sua vigência, em razão de vestir o posicionamento de adotar penas alternativas ao invés de preferir a prisão como única e exclusiva forma de remédio jurídico para essas questões, como estava assentada na legislação anterior. (FERRARI; COLLI, 2012, p. 01)

Isto posto, descreve o artigo 28 da Lei nº 11.343/06 que traz a conduta do porte para uso próprio:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

De acordo com Luiz Flávio Gomes (2006, p. 01), “Descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal (como infração penal) deixa de ser crime (ou seja): deixa de ser infração penal”.

Conforme o autor, existem três espécies de descriminalização, sendo:

(a) a que retira o caráter criminoso do fato mas não o retira do âmbito do Direito Penal (essa é a descriminalização puramente formal); (b) a que elimina o caráter criminoso no fato e o proscreve do Direito Penal, transferindo-o para outros ramos do Direito (essa é a descriminalização penal, que transforma um crime em infração administrativa, v.g.) e (c) a que afasta o caráter criminoso do fato e lhe legaliza totalmente (nisso consiste a chamada descriminalização substancial ou total). (GOMES, 2007, p. 01)

À face do aludido acima, o debate quanto a posse de droga desdobra-se entre três fenômenos: a descriminalização total ou substancial, a descriminalização formal e a descriminalização penal.

Nesse meio tempo, antes de aprofundar nas discussões, faz-se necessário distinguir os processos de legalização, descriminalização e despenalização. A primeira versa no sentido de excluir qualquer sanção, passando a conduta a ser legalmente aceita. A segunda ocorre a transferência do tratamento punitivo, saindo do campo penal e entrando no administrativo, v.g. Por ultimo, a terceira visa punir o transgressor de outra forma, não decorrendo através de um processo ou de uma prisão. (HUGUES; STEVENS. 2010)

Prosseguindo nas discussões, na visão de Luiz Flávio Gomes (2008), a lei 11.343/06 fez permanecer o caráter ilícito, não o removendo do Direito Penal, apenas desconsiderando aspecto formal de “crime”. Conforme o autor, a descriminalização formal e a despenalização constituem um modelo misto, isto é:

A posse de droga para consumo pessoal deixou de ser formalmente “crime”, mas não perdeu seu conteúdo de infração (de ilícito). A conduta descrita no antigo art. 16 e, agora, no atual art. 28 continua sendo ilícita, mas, como veremos, cuida-se de uma ilicitude inteiramente peculiar. Houve descriminalização “formal”, ou seja, a infração já não pode ser considerada “crime” (do ponto de vista formal), mas não aconteceu concomitantemente a legalização da droga. De outro lado, paralelamente também se pode afirmar que o art. 28 retrata uma hipótese de despenalização. Descriminalização e despenalização (ao mesmo tempo) são os processos que explicam o novo art. 28 da lei de drogas (houve um processo misto – mencionado por Davi A. Costa Silva). (GOMES, 2006, p. 01).

Ocorre que a lei nº 11.343/06, em seu artigo 28, extinguiu o título “criminoso” do usuário que consome de maneira pessoal a substância entorpecente. Formalmente, deixou de ser considerado crime, embora permaneça sendo um ilícito no âmbito do Direito Penal.

Neste sentido, justamente pelas sanções estabelecidas pela referida lei (utilizando-se de advertência, prestação de serviço comunitário, comparecimento a programas pedagógicos, entre outros) é que desapareceu a característica “crime”, uma vez que no Brasil “crime” é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada ou cumulativa ou alternativamente com multa). (GOMES, 2007)

Assim, complementa o autor:

A nova lei de drogas, no art. 28, descriminalizou formalmente a conduta de posse de droga para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de “crime” porque de modo algum permite a pena de prisão. Consequência natural: o usuário já não pode ser chamado de “criminoso”. Ele é autor de um ilícito penal (porque a posse da droga

não foi legalizada), mas já não pode receber a pecha de “criminoso”. (GOMES, 2007, p. 02)

Diante do elucidado, conclui o jurista, revelando seu posicionamento, que a posse de droga para consumo pessoal alterou-se para uma infração *sui generis*. Posto isto, significa dizer que não se refere a “crime” e nem “contravenção”, em razão do extermínio da pena de prisão transfigurado em penas alternativas. Trata-se apenas de um ilícito *sui generis*, ou seja, “de espécie única”. (GOMES, 2007, p. 02).

Também, há um entendimento mais drástico, defendendo a ideia de que a lei de drogas tornou prática atípica penalmente a conduta de posse para consumo pessoal. Em outros dizeres, descriminalizou conduta até então tipificada, revogando-a. A partir do momento em que se fala em “medidas educativas” para proceder de encontro ao delito, este abrandamento imposto ao usuário escapa da estrutura de sistematização do Direito Penal. (GOMES, 2008)

Nesta esteira, conclui-se que a atual lei de drogas produziu uma disciplina jurídica específica, incomum ao Direito Penal, sendo incompatível um com o outro. Tem-se, portanto, o entendimento de que o uso de entorpecentes fica restringido no “campo do Direito Judicial Sancionador”. (GOMES, 2008, p. 121).

Discutindo a questão do tratamento penal ao usuário Salo de Carvalho (1996) apresenta posição divergente ao considerar que a forma mais apropriada seria a descriminalização legislativa, por meio da *abolitio criminis*, havendo revogação da lei; A descriminalização pode ser de fato, o que se dá quando o corpo social entende que determinadas condutas não são mais danosas a sociedade, não havendo necessidade de buscar o Sistema Penal; descriminalização setorial, parcial ou substitutiva, isto é, quando ocorre o deslocamento do delito penal para outra área do direito, ocasionando uma flexibilização quanto as penas e as execuções.

O entendimento majoritário da doutrina percorre demonstrando que o porte para uso pessoal foi despenalizado, abandonando a possibilidade de imposição de pena carcerária. Neste sentido,

A despenalização – expressão um tanto imprópria – é a substituição (legislativa ou judicial) da pena de prisão por penas de outra natureza (restritiva de direito, etc). Portanto, se com a descriminalização o fato deixa de ser infração penal (crime ou

contravenção); com a despenalização a conduta permanece criminosa. (BIZZOTO; RODRIGUES; QUEIROZ; 2010, p. 44)

Assim, entende-se que a expressão “despenalização”, apesar de inadequada por permanecer punindo a conduta, deve ser considerada como um fenômeno que extingue a pena de prisão, ao buscar métodos diferenciados de punição e meios alternativos no cumprimento da condenação. Explica, no final das contas, a mudança no tratamento no que concerne ao consumo pessoal.

Diante de todo o exposto, entende o Supremo Tribunal Federal:

Posse de droga para consumo pessoal: (ar. 28 da L. 11.343/06 – nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão “reincidência”, também não se pode emprestar um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C. Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. (RE 430105, STF. 2007, p. 1 e 2)

Muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha se posicionado a respeito do assunto, destacando não ser o caso de *abolitio criminis*, ainda há muita discussão doutrinária a respeito.

## **2.2 O tratamento punitivo da conduta de tráfico a partir da lei nº 11.343/06**

Como dito no tópico anterior, o antigo regulamento (Lei nº 6.368/76), que dispunha sobre as medidas de prevenção e repressão, tanto do tráfico quanto do uso indevido de drogas, se desenvolvia frisando que, tanto ao traficante quanto ao consumidor usufruidor da

substância entorpecente, estariam caracterizados como criminosos, tendo o Estado o dever de tomar as devidas respostas para combater esta malignidade.

Com a edição da lei 11.343/06, passou a se diferenciar o usuário consumidor e o traficante, existindo penas distintas entre eles, observando todo o contexto de cada indivíduo e a gravidade do delito. Diante disso, as sanções penais imputadas ao traficante seriam mais severas, enquanto que ao dependente se aplicaria tão logo penas restritivas de direitos, não servindo a prisão ou detenção. (SILVA, 2016)

Ademais, não só se diferenciou as penas, mas também passou a investir na prevenção ao uso e a dependência, bem como oferecer tratamento aos utilizadores ou dependentes, esforçando-se na recuperação destes indivíduos. (SILVA, 2016)

No entanto, há muita discussão entre os operadores de direito quanto a prova de traficância, ou seja, como classificar que determinado indivíduo deverá sofrer as sanções como traficante ou como consumidor, uma vez que dificilmente haverá a confissão por parte do sujeito. (SILVA, 2016)

Neste raciocínio, Silva (2016) diante o texto legal (§2º do artigo 28, da Lei nº 11.343/06), menciona que o fator subjetividade implica drasticamente, visto que o juiz, por inúmeras vezes, terá apenas como base para decidir o depoimento do policial que realizou a ação. Por conta deste fato, somado a pratica clandestina do crime, raramente terão provas concretas que constituam o crime e identificam o “criminoso”.

### **2.2.1 Condutas típicas e respectivas penas**

Segundo o artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, descreve, ao tratar do tráfico de drogas, as seguintes condutas:

Importar, exportar, remeter, preparar produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar ao 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.

Cumpra citar, no parágrafo seguinte, a explicação realizada pelo promotor de justiça do Ministério Público de São Paulo/SP (2016), César Dário Mariano da Silva, no que diz respeito aos verbos empregados no texto legal.

Importar, trazer o produto para o território nacional; Exportar, retirar o produto do território nacional; Remeter, encaminhar o produto para outro local, sem a presença física de quem enviou o objeto; Preparar, fundir os elementos necessários para determinada composição; Produzir, fazer, criar uma nova substância; Fabricar, confeccionar em grande escala; Adquirir, receber o objeto; Vender, alienar onerosamente o objeto; Expor à venda, disponibilizar o produto para a venda; Oferecer, suggestionar a aquisição; Ter em depósito, manter em conservação; Transportar, transmover de um local para outro através de veículo automotor, por exemplo; Trazer consigo, portar o objeto; Guardar, reserva o objeto, protege e vigia; Prescrever, receitar; Ministras, incorporar em terceiro, inserir; Entregar a consumo, disseminar o objeto; Fornecer, ainda que gratuitamente, ceder de maneira gratuita o objeto material. (SILVA, 2016).

Vale mencionar que recairá das mesmas penas quem (§1º, incisos I, II e III, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06):

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

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

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

Também, a lei uniformiza ao tráfico as condutas que compõem (artigo 34 da Lei nº 11.343/06):

Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

Além disto, terá conduta equiparada àquele que (artigo 37 da Lei nº 11.343/06):

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

Convém apontar, ainda, que o crime de tráfico de drogas foi equiparado aos crimes hediondos, sujeitando ao infrator severas consequências processuais e penais. A conduta exercida pelo sujeito é considerada tão grave quanto aos crimes contra a vida, a integridade física e o patrimônio. (SILVA, 2016)

Deve-se ressaltar, mais uma vez, que as condutas previstas nos artigo 35 e 36 também implicarão em uma maior severidade penal quanto às condutas descritas no artigo 33, caput, e parágrafo primeiro, no art. 34 e no art. 37, dada a associação de duas ou mais pessoas com propósito de praticar o delito, bem como o financiamento ou custeio que servirão de suporte na prática delituosa. (MACHADO, 2010)

Dessa maneira, percebe Nara Borgo Cypriano Machado (2010) que é possível analisar com facilidade que o legislador conferiu diferenciação na aplicação das penas entre o usuário de drogas e o traficante, havendo certa seletividade penal, na medida em que o usuário de drogas não é submetido à prisão e ao traficante, além do aumento da pena, foram cercados direitos que nem mesmo na lei nº 8072/92, dos crimes hediondos, são restringidos.

### **2.2.2 Natureza hedionda da conduta de tráfico, regime inicial de execução da pena e a possibilidade de aplicação de penas alternativas (Inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei nº 11.343/06)**

Com relação ao tratamento penal do tráfico ilícito de entorpecentes, no viés da Lei nº 11.343/06, Daniel Nicory do Prado (2103, p. 14) afirma que “as drogas carecem de controle, mas controlar não se resume a proibir, proibir não se resume a criminalizar, e criminalizar não se resume a encarcerar”.



Observando a colocação do autor e o cotidiano brasileiro, é possível verificar que se encarceram de maneira desenfreada todas as pessoas que se envolvem com o tráfico, admitido, inclusive, o consumo de entorpecentes que aparece de maneira estreita.

Cumprir destacar que a equiparação do crime de tráfico aos crimes hediondos tem origem na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLIII, tendo esta ideia fortificada mais tarde na Lei nº 8.072/90. Com o surgimento da Lei nº 11.343/06 sobrevieram novas controvérsias, gerando dúvida quanto ao caráter genérico do crime de tráfico abordado na Constituição Federal e na Lei nº 8.072/90. (GUIMARÃES, 2017)

Perante esta delicada trilha, a Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006) estabeleceu distinção entre o consumidor e o traficante. Porém, além desta classificação, passou a considerar duas figuras no próprio delito de tráfico de entorpecentes, criando a imagem do traficante habitual e do traficante casual. Em vista disso, fora elaborado uma causa especial de diminuição de pena, criando novas penas mínimas e máximas àqueles que, embora cometam o crime tipificado, possuem bons antecedentes, sejam réus primários e não exercem atividade que se ajustem em organizações criminosas.

Assim, estabelece a Lei nº 11.343/06:

Art. 33. ...

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

Desta maneira, busca-se provocar que a natureza hedionda do crime de tráfico de drogas desperta divergência quanto esta equiparação, uma vez que, Conforme Salo de Carvalho (2016, p. 295) "[...] nem todas as condutas previstas podem ser classificadas como tráfico ilícito de entorpecentes."

Em outros dizeres, o autor esclarece que a quantidade assustadora de verbos utilizados no texto legal do artigo 33 da Lei de Drogas prova a necessidade de reduzir aplicação da valoração com crime hediondo, em virtude de que nem todas as condutas profetizadas podem ser submetidas a qualidade de tráfico de drogas. (CARVALHO, S. 2016)

Nesta lógica, complementa o autor:

Assim, em face da paridade do tratamento de ações absolutamente díspares, o controle de constitucionalidade (difuso ou concreto) deve ser efetivado de duas formas: (a) eximindo as condutas sem finalidade mercante das graves penas impostas ou falcultando-lhes aplicação da minorante do artigo e (b) blindando estes verbos da incidência do art. 44, caput e parágrafo único. (CARVALHO, S. 2016, p. 299)

Quer dizer o criminólogo que a essência para definir a natureza equiparada a hedionda no crime de tráfico deveria apenas abranger àqueles que comercializam a mercadoria, ou seja, os verbos nucleares de importação, exportação, venda e exposição à venda. Os demais, não estariam harmônicos com a noção constitucional, tornando-se resistentes pelo princípio da legalidade dos efeitos da Lei 8.072/90. (CARVALHO, S. 2016)

No tocante ao artigo 44 da Lei nº 11.343/06, foi considerado parcialmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em razão da regra que previa a vedação da liberdade provisória a presos acusados pelo crime de tráfico de drogas.

Discorre o artigo 44 da respectiva lei:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.  
Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico. (BRASIL, 2006)

Prosseguindo, a decisão do STF, ocorrida em 2017, conforme se verifica:

Recurso extraordinário. 2. Constitucional. Processo Penal. Tráfico de drogas. Vedação legal de liberdade provisória. Interpretação dos incisos XLIII e LXVI do art. 5º da CF. 3. Reafirmação de jurisprudência. 4. Proposta de fixação da seguinte tese: É inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006. 5. Negado provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal. (BRASIL, 2017. RE 1.038.925, São Paulo.).

À vista da reafirmação do Supremo Tribunal Federal aludida acima, espécies de penas alternativas terão de ser tomadas de acordo com cada cenário produzido nos verbos incriminadores do tráfico. Neste sentido, Heleno Claudio Fragoso (2017) classifica que a pena privativa de liberdade é a sanção mais característica do repressivismo, sendo o castigo mais duro e feroz, devendo ser usada o menos possível, com último recurso.

Neste raciocínio, discorre o jurista:

A prisão constitui realidade violenta, expressão de um sistema de justiça desigual e opressivo, de que funciona com realimentador. Serve apenas para reforçar valores negativos, proporcionando proteção ilusória. Quanto mais graves são as penas e as medidas impostas aos delinquentes, maior é a probabilidade de reincidência. O sistema será, portanto, mais eficiente, se evitar, tanto quanto possível, mandar as pessoas para a prisão, nos crimes pouco graves, e se, nos crimes graves, evitar o encarceramento demasiadamente longo. (FRAGOSO, 2017, p. 5).

Em vista disto, princípios legais estabelecidos se estendem na busca de alternativas diversas, analisando todo o sistema penal, não se baseando somente na mera punição rigorosa, como se bastasse isto para recuperar o delinquente e lapidar a sociedade. Este não é o único meio de agir que o Estado dispõe. (FRAGOSO, 2017)

Por este ângulo, Fragoso (2017, p. 06) nos instrui:

A busca de alternativas para a pena privativa da liberdade exige que se tenham idéias claras a respeito de todo o sistema. E tem de começar pelo reexame dos critérios de criminalização, para limitar a solução punitiva à tutela de bens jurídicos verdadeiramente importantes para a vida social. Cumpre eliminar do sistema a criminalidade de bagatela, e realizar a descriminalização de condutas que não correspondam à ofensa de valores que verdadeiramente tenham validade geral. A tutela penal é ilegítima quando se refere a fatos simplesmente reprovados pela moral ou que apenas correspondem às intolerâncias decorrentes das convicções dos que têm o poder de fazer as leis ou do grupo que estes representam, numa sociedade aberta e pluralística.

Como espécie de pena alternativa, cinco são as modalidades alternativas à prisão, sendo: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação do fim de semana.

Verificado o artigo supracitado, todos os pressupostos devem ser analisados de forma conjunta, caso contrário, correm o risco das penas alternativas não serem aplicadas.

Nesta perspectiva, vale destacar a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o Habeas Corpus 97.256, julgado em 2010, no que concerne a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei de Drogas que proíbem a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para os condenados a tráfico de drogas. Dessa forma, respaldado no princípio constitucional da individualização da pena, cabe ao juízo da execução analisar se o

condenado preenche todos os requisitos da conversão, observando os casos singularmente. (MOREIRA, 2013)

Posteriormente, em 2013, novamente veio a tona a discussão da vedação da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito nos processos envolvendo tráfico de entorpecentes, interposto pelo Ministério Público Federal através do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 663.261). Ao reconhecer a repercussão geral da matéria, o Plenário decidiu reafirmar, por maioria, a jurisprudência dominante da Corte firmada no julgamento de 2010. Segundo o Ministro Luiz Fux, acompanhado pela maioria, entende que a impossibilidade da conversão ofende a garantia constitucional da individualização da pena prevista no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. (MOREIRA, 2013)

Neste sentido, manifesta o relator Ministro Luiz Fux:

A lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. [...] É vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. (ARE 663261, STF. 2013, p. 01)

Diante da colocação do Ministro Luiz Fux, percebe-se que o modelo clássico de Justiça Penal, sendo aquele fundado no entendimento que basta a prisão para cessar a questão da violência, vem perdendo força e cedendo espaço para um novo modelo punitivo, sendo este baseado na prisão como *extrema ratio*, justificado apenas em casos que apresentam verdadeira gravidade.

Neste ponto, importante destaque deve ser atribuído ao tráfico privilegiado, decidindo o Supremo Tribunal Federal que este não tem natureza hedionda. A discussão ocorreu no Habeas Corpus 118533, determinando o Plenário que a pena poderá ser reduzida de um sexto a dois terços, contando que o delinquente seja réu primário, tenha bons antecedentes e não participe de organizações criminosas ou se dedique a estas atividades ilegais. (HC 118533, STF. 2016, p. 01)

Quanto ao voto do Ministro Lewandowski apresenta interessante dado, observando a questão das mulheres encarceradas. Discorreu, assim, que “[...] a maioria das mulheres está

presa por delitos relacionados ao tráfico drogas, e quase todas sofreram sanções desproporcionais às praticadas, sobretudo considerada a participação de menor relevância delas na atividade ilícita.” (HC 118533, STF. 2016, p. 01)

Complementa ainda que “são pessoas que não apresentam um perfil delinquencial típico, nem tampouco desempenham nas organizações criminosas um papel relevante.” (HC 118533, STF. 2016, p. 01)

### **2.2.3 A questão do traficante consumidor**

Como se nota durante a pesquisa, a linguagem utilizada pelo campo penal ficou marcada, historicamente pela dicotomia traficante (delinquente) e consumidor (dependente). Segundo Carvalho (2016), na realidade, mostra-se evidente, em muitos casos, a relação “tráfico-uso-dependência”, mas tanto no Direito Penal quanto no Processo penal, a análise mostra-se muito simplória, sendo que esta não dá conta da realidade, que se mostra muito mais rica e complexa.

Na atual lei de drogas, mais precisamente nos artigos 45 e 46 da Lei nº 11.343/06, há especificações em relação a isenção ou diminuição da culpabilidade do violador, quando verificar que este apresenta dependência ou está sob efeito fortuito da droga. Assim, estabelecem os artigos:

Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

Art. 46. As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

De uma forma mais descomplicada, Salo de Carvalho (2016), menciona que o dispositivo legal supõe duas circunstâncias. A primeira versa sobre o cometimento da infração em decorrência de dependência da droga, ou seja, o imputado realiza fato típico e ilícito por força excessiva do entorpecente, tendo sua capacidade cognitiva limitada em razão da

dependência. Nesta situação, terá pena reduzida ou isenta. Na segunda hipótese o agente ingere involuntariamente a droga, em contexto de caso fortuito ou força maior, cometendo a infração em virtude da perda da capacidade perceptiva causada pelo entorpecente. Da mesma forma, terá pena reduzida ou isenta.

Em que pese a lei prever as causas de diminuição ou isenção da pena, é de extrema dificuldade no cotidiano haver provas contundentes para atestar que dependentes químicos se utilizam do tráfico como meio para manter o vício em entorpecentes. (LECHENAKOSKI, 2018)

Diante disso, a discussão que surge é de que deve se conferir tratamento médico ou cárcere, tratando-se de traficante consumidor (viciado em entorpecente que comete crime de tráfico).

Majoritariamente, tem-se o entendimento de que, nestes casos, o agente só venda drogas por causa do vício. Argumenta-se que nesta situação pode haver uma espécie de inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que o agente necessita de dinheiro para comprar mais drogas ou até mesmo pagar o que está devendo outros traficantes. Posto isto, entende-se estar lidando com a inexigibilidade de conduta diversa, conforme dispõe o artigo 22 do Código Penal. (LECHENAKOSKI, 2018)

Outro ponto importante refletido pelo advogado criminalista Bryan Bueno Lechenakoski (2018, p. 04), é que

[...] mesmo que arguente de que deverá haver provas com relação a tal coação exercida pelo traficante, estamos novamente em um dilema, qual o risco e o medo de que o usuário enfrentará entregando aquele que já na primeira vez o coagiu? Novamente estamos em um caso de inexigibilidade de conduta diversa.

Ademais, de acordo com a Política Criminal de Drogas adotada no país, este sujeito, traficante viciado, terá de ser futuramente reinserido na sociedade, não podendo o Estado cobrar do agente atuação diversa da adotada, caracterizando hipótese de ausência de culpabilidade, já que se caracteriza como vítima maior do tráfico de drogas. (LECHENAKOSKI, 2018)

No mesmo sentido, complementam Luiz Regis Prado (2006), Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2011) que existe vontade na coação moral, entretanto esta se mostra corrompida, impossibilitando obrigar um comportamento do agente de acordo com os preceitos do ordenamento jurídico. Trata-se de ausência de culpabilidade e não de conduta.

Finalmente, o entendimento que se firma, de acordo com os autores acima referidos, é de que ao traficante dependente, caracterizado na forma da lei, será impedido de penalização ou terá pena reduzida, conforme dispõe os artigos 45 e 46 da Lei nº 11.343/06.

### **2.3 A política de guerra às drogas face às garantias constitucionais presentes no texto da Constituição Federal de 1988**

Consoante com o primeiro capítulo desta pesquisa, após a segunda guerra mundial, criou-se a Organização das Nações Unidas (1945) e a partir deste momento foram estabelecidas as principais diretrizes do controle internacional de drogas. Vale ressaltar que, embora se tenha registrado a preocupação com a saúde física e mental dos indivíduos, o meio utilizado para controlar era tão somente a repressão do uso e ao comércio de tais substâncias, atribuindo penas aos infratores na forma da lei.

Segundo Thiago Rodrigues (2012), diante as influências internacionais, desde logo o Brasil aderiu ao proibicionismo, colocando-se a disposição quanto ao combate na coibição das drogas. A guerra às drogas, em suma, baseou-se na divisão maniqueísta e simplista do mundo entre nações produtoras e consumidoras, tendo a militarização como pedestal fundamental ao enfrentamento do tráfico.

Assim consoante André Barros (2017) aponta que com o advento da Constituição Federal de 1988, Convenções Internacionais e a Lei de Drogas (11.343/06) se fortaleceu o sistema de combate às drogas devido às inúmeras consequências no mercado financeiro mundial que estas substâncias causariam. Isto posto, aponta-se o artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal que equiparou o tráfico ilícito de entorpecentes aos crimes hediondos.

Entretanto, muito se discute quanto a constitucionalidade dos artigos que regem a Política Criminal de Drogas brasileira, visto que a Constituição de 88 têm como princípios

basilares a dignidade da pessoa humana, liberdade individual, inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Diante desses princípios, a advogada Andressa Barboza Félix (2013, p. 01) ensina:

O princípio da liberdade individual, consagrado como direito fundamental do homem no *caput* do artigo 5º da CRFB, traz a idéia de liberdade de fazer, liberdade de atuar ou liberdade de agir como bem se entender, desde que isso não prejudique a pessoa de outrem. Logo, no Estado Democrático de Direito brasileiro, amparado em uma Constituição, a liberdade individual é regra e qualquer tipo de proibição ou coação estatal é exceção.

Neste sentido, o princípio supramencionado visa assegurar o poder de autonomia do agente em poder decidir por si mesmo o seu comportamento pessoal, de acordo com sua vontade, seus valores ou interesses, contando que não prejudique uma terceira pessoa. Neste aspecto, a conduta de posse para consumo pessoal ou de uso pessoal da droga, por não atingir a esfera do “outro”, produzindo lesão ou ameaça de lesão a direito de outrem, não poderia ser perseguida pelo Direito Penal, por violar flagrantemente o princípio da lesividade, um dos mais caros à esse ramo do direito.

Prosseguindo, quanto a inviolabilidade da intimidade e da vida privada Silva (2011) clarifica expondo que são direitos individuais que estabelecem relação com o próprio direito a vida, assegurado pelo artigo 5º da Constituição Federal. Em outros dizeres, cabe a pessoa tomar sozinha as decisões de sua vida, não podendo o Poder Público intervir em cada passo da vida privada do indivíduo.

Também, importante para sustentar este argumento, Marcelo Batuíra Losso Pedroso (2004) declara ser inadmissível um Estado Democrático de Direito não aceitar um modo de ser e de viver de um cidadão, justamente por ser não ser o comum na sociedade, divergindo a dignidade da pessoa humana, princípio este tão valoroso em nosso ordenamento.

Neste viés, conclui Félix (2013, p. 02) que:

Assim, é indubitável a necessidade de constatar-se a (in)constitucionalidade da criminalização do consumo de drogas no Brasil frente ao princípio constitucional da liberdade individual, que é – e deve ser (no plano normativo) – a primeira e mais importante garantia do ser humano, bem como frente ao princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada do indivíduo.



De acordo com o advogado e professor Pierpaolo Cruz Bottini (2013, p. 02) “a descriminalização permite o fortalecimento de políticas de tratamento mais adequadas. O diálogo com o usuário deixa de ser um problema policial e passa a ser um problema médico (nos casos em que realmente o tratamento é necessário)”.

Complementa o autor dizendo que a descriminalização:

[...] não significa deixar de encarar a droga como um problema. É legítimo que o Estado lance mão de medidas administrativas, pedagógicas e sociais para prevenir o uso de entorpecentes e para tratar o usuário que necessita de ajuda. O que não parece adequado é o uso de Direito Penal como medida pedagógica contra atos praticados na esfera de intimidade do indivíduo. Ao menos em um Estado que se proponha Democrático de Direito. (BOTTINI, 2013, p. 02)

Diante do exposto, extrai-se a convicção de que o proibicionismo não é compatível com a postura que nosso Estado está configurado e vem se ajustando atualmente, uma vez que há a flagrante violação a direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Neste contexto, o poder punitivo exercido pelo Estado acaba por ofender o direito à liberdade individual, inviolabilidade da intimidade e da vida privada daquele que usa, porta, produz ou adquire substâncias entorpecentes, até porque nenhuma destas condutas afetam diretamente direitos de terceiros.

### **3 AS CONSEQUÊNCIAS INSTITUCIONAIS E SOCIAIS DA POLÍTICA CRIMINAL DE “GUERRA AS DROGAS” E A EFETIVIDADE DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL**

O Brasil optou, nas últimas décadas, por uma política de combate ao consumo e a venda de drogas, baseada, em especial quanto ao tráfico, numa perspectiva de criminalização e de recrudescimento punitivo, numa autêntica lógica de guerra aos narcotraficantes, conforme se nota durante os capítulos anteriores.

Referindo-se a tal questão, Line Beauchesne (2015) observa a existência de uma preocupante guerra direcionada a impedir o consumo de drogas ilícitas, assim como prevenir as toxicomanias, especialmente àquelas de origem estrangeira provenientes da *Cannabis*, da cocaína e do ópio. Nesta lógica, denota-se, através da união de correntes religiosas por uma política moral em relação às drogas, que não se trata de uma guerra contra as substâncias entorpecentes apenas, mas sim contra determinados grupos de pessoas e países. E, como toda e qualquer guerra, essa gera violência, criminalidade, mortes, corrupção, violação de direitos e princípios amplamente garantidos no ordenamento jurídico brasileiro, assim como uma visível discriminação de certos grupos sociais.

Em continuidade, na visão de Salo de Carvalho (2016, p. 377), “a Política Criminal de drogas no Brasil, em sua expressão ideológica, legal e dogmática, demonstra a grande distância entre as funções declaradas e as funções realmente exercidas pelas agências de punitividade”. Neste sentido, o autor busca questionar que a estrutura repressiva apresenta uma falsa impressão, desconectada da realidade, não conseguindo atingir seus objetivos maiores de saúde pública, como a prevenção e diminuição global do uso de entorpecentes. Ademais, ao investir na proibição da produção, comercialização e consumo de substâncias entorpecentes, o Estado acaba aprimorando um mercado clandestino, criando-se novos problemas sociais e institucionais. Diante do exposto, serão abordadas essas consequências da Política Criminal de drogas brasileira, demonstrando no decorrer da pesquisa o problema da efetividade no combate a essas substâncias entorpecentes e, por fim, a verificação da necessidade de inserir novo paradigma criminológico no que tange ao enfrentamento de tal questão.

#### **3.1 Consequências sociais e institucionais**

Nas palavras de Line Beauchesne (2015), analisando os resultados de inúmeras pesquisas e comissões de inquéritos governamentais no tocante a guerra às drogas que se apresentam atualmente, é possível sintetizar os resultados em quatro afirmações: a) a política de guerra não atinge os objetivos de proteção à saúde pública; b) gera repressão, criminalidade, violência e corrupção; c) trata-se de uma guerra que não pode ser vencida; e d) descomplica e contribui com a expansão de um mercado ilícito sem qualquer controle na distribuição, qualidade e concentração das substâncias.

Em continuidade, a autora discorre sobre as principais consequências do repressivismo da política criminal antidrogas, demonstrando de fato, na praticidade, a atual situação desse sistema de controle. Para a autora

A guerra às drogas não apenas não satisfaz os objetivos de saúde pública que são a prevenção das toxicomanias, das intoxicações, dos maus usos e a diminuição global do consumo de drogas, como também piorou a situação devido à expansão de um mercado negro de drogas e à privação de cuidados médicos a milhões de pessoas. (BEAUCHESNE, 2015, p. 34)

Significa dizer que desde o início a política proibicionista não produziu sucesso, apesar desta sempre ser apresentada como o único meio capaz de enfrentar e erradicar todas essas questões. Inclusive, o discurso investido acabou por agravar ainda mais com o passar do tempo, criando a clandestinidade do mercado e desconsiderando a saúde destas pessoas.

Não obstante, de acordo com Beauchesne (2015) não se conseguiu atingir o objetivo de reduzir o consumo de drogas. Apesar das drogas estarem proibidas há mais de um século, sempre surgem novos grupos que buscam experimentá-las. Este fenômeno não pode ser explicado puramente pela falta de informação sobre a nocividade da substância, muito menos pela personalidade desviante do usuário ou pela disponibilidade encontrada no cotidiano, visto que abrange elementos insuficientes para justificar o consumo.

Em sequência, a autora apresenta exemplos, referentes ao Canadá, em relação ao consumo da maconha e do álcool, a partir dos quais foi possível comparar entre regiões em que eram proibidas e outras legalizadas:

No que concerne ao álcool, o Quebec teve sempre uma política mais liberal do que outras províncias do Canadá. Entretanto, o Quebec possui uma taxa de consumo de álcool *per capita* e uma porcentagem de consumidores de álcool inferior à média nacional. A fama de um alto consumo desse produto entre os habitantes do Quebec se deve ao grande número de pontos de venda de álcool na província. De fato, esse número passou de 350 a mais de 12.500, com o surgimento da Bill 21 em 1978, que permitiu a venda de cerveja e vinho em pequenos mercados. As taxas de consumo de álcool, antes e depois da aprovação da Bill 21, foram mensuradas; constatou-se que, apesar da disponibilidade de bem maior dessa droga no Quebec e com a entrada em vigor desta lei, não houve diferenças significativas em seu consumo com relação às outras províncias, e a porcentagem de consumidores de álcool no Quebec permaneceu abaixo da média nacional. (BEAUCHESNE, 2015, p. 35)

A partir deste ponto, percebe-se que as políticas mais liberais tendem a funcionar melhor. Não significa dizer que sem regulamentação o consumo de drogas diminuirá automaticamente, mas que o mero desprezo impetrado na política antidrogas é insuficiente para solucionar esse quebra-cabeça.

Como caracteriza a autora,

A decisão de consumir uma droga ilícita repousa sobre critérios muito diversos, como a busca do prazer e da euforia, a redução de um incômodo, a curiosidade, o conformismo entre os adolescentes, a busca da calma e da descontração, a busca de adaptação às exigências do trabalho, o desejo de esquecer conflitos, a fuga dos problemas, etc. Assim, o medo das leis não influencia muito as decisões de diminuir ou abandonar o uso de drogas ilícitas. (BEAUCHESNE, 2015, p. 36)

Neste raciocínio, os usuários de drogas entendem que a ameaça da lei pouco importa, constituindo um fator insignificante para fazer mudar de ideia quanto ao consumo. É visível esta colocação da autora quando se busca medir as preocupações do usuário em relação aos riscos legais ou aos riscos para a saúde, sempre sobressaindo com peso maior as questões de saúde.

No tocante ao crescimento do mercado negro dos entorpecentes, Beauchesne (2015, p. 37) demonstra que “[...] inexistindo um mercado legal, é o mercado negro que responde à demanda de drogas ilícitas. Redes de tráfico dessas drogas desenvolveram onde nem a qualidade dos produtos nem os lugares de distribuição são regulamentados.”

Neste contexto, as drogas vendidas no mercado negro apontam sérios riscos, uma vez que o consumidor nunca saberá exatamente o que está comprando. Além disso, certas drogas são misturadas entre si, ou até mesmo com produtos químicos, sendo altamente perigosos à saúde. Assim, complementa Beauchesne (2015, p. 38) que os traficantes se infiltraram em

todos os meios “[...] oferecendo muitas vezes produtos adulterados, a fim de aumentar seu lucro, ou ainda altamente concentrados, para facilitar sua distribuição e mesmo a dependência.”.

Assim, com a concentração e a qualidade dos produtos não regulamentada, todo o tipo de golpe é “autorizado” para expandir este mercado, seja vendendo para crianças ou colocando mais toxidade nos produtos, uma vez que o mercado negro precisa encontrar pessoas potencialmente propícias ao uso de entorpecentes e que apresentam certa regularidade de compra.

No que concerne à privação da saúde, de modo especial durante o tratamento médico, Beauchesne (2015, p. 39) disserta

Privar os doentes de certas drogas que poderiam curá-los de seu sofrimento sob o pretexto de serem ilícitas é outra consequência da guerra às drogas. Tais produtos são, sobretudo, a maconha e a heroína. A compaixão pelo sofrimento dos doentes foi varrida pela guerra às drogas.

Acerca da heroína, desde 1985 seu uso é permitido no Canadá para tornar menos intenso e forte o sofrimento de pacientes que sofrem de câncer. Quanto a maconha, também se constatou sua eficácia terapêutica em paciente diagnosticado com câncer, principalmente para diminuir efeitos secundários da quimioterapia, assim como no tratamento de glaucoma, esclerose em placas, paraplegia e tetraplegia, dores crônicas e determinadas doenças dermatológicas e respiratórias. (BEAUCHESNE, 2015)

Apesar do reconhecimento da potencialidade de cura promovida pela maconha, o uso terapêutico permanece escondido, devendo manter-se em segredo, sustentando à sociedade que é inadmissível tratar um paciente com droga ilícita, uma vez que é preciso ter provas mais contundentes para levar o assunto adiante.

Quanto a intervenção para ajudar os toxicômanos, Beauchesne (2015, p. 41) desenvolve sua crítica expondo

A guerra às drogas priva igualmente de cuidados médicos adequados os usuários de drogas ilícitas que apresentam consumos problemáticos. Estes são frequentemente reticentes em procurar ajuda por medo de serem confrontados com repressão, com a incompreensão e com a discriminação. O resultado é que muitos deles chegam ao

tratamento com problemas gravíssimos, pois nunca solicitaram um serviço de saúde. Da mesma forma, o dinheiro dos programas governamentais direciona-se para a repressão antes mesmo que para a ajuda, para a educação e para os programas sociais, pouco restando para essas intervenções em matéria de toxicomania.

À face do exposto, mais uma vez se verifica que o pensamento combatente próprio da guerra às drogas supera ao da necessidade de tratamento dos usuários de substâncias ilícitas, recusando o reconhecimento do direito ao cuidado da saúde destes indivíduos quanto ao resto dos cidadãos.

Em relação a causa do aumento da violência, é por óbvio que uma guerra implica usar da violência para alcançar seus objetivos. Neste raciocínio, Bruce K. Alexander (1990, p. 27) aborda

A mentalidade guerreira divide o mundo entre os nobres aliados e os desonrados inimigos. Para a mentalidade guerreira, todos os meios são bons para ganhar, e a violência é utilizada contra inocentes espectadores. O espírito guerreiro desdenha os arranjos, compromete-os ou questiona sua autoridade até alcançar a vitória. Essencialmente, a mentalidade guerreira coloca de lado a compaixão e a inteligência.

Dessa forma, observa-se que não são tomados em consideração os efeitos que a guerra as drogas produz sobre aqueles que se submetem à violência inerente a ela. Não obstante, passa a ser legal, inclusive tendo sua aplicação escrita em texto legal.

Menciona Beauchesne (2015) que, inicialmente, se dá uma maior repressão de aos usuários recreativos de drogas, resultando em prisão massiva por constituírem o status de ilegalidade. Sustenta que os grandes traficantes e produtores de drogas ilícitas pouco sofrem com a repressão, sendo os mais afetados os jovens, portadores de menores quantidades, segundo estatísticas da polícia e do judiciário.

Segundo afirmações dos próprios policiais, “apesar desses milhares de detenções, intercepta-se apenas 1% a 10% da droga que circula. Além disso, permitem aos grandes traficantes manter seu preço elevado, preservando certa raridade e um valor ligado aos “riscos”. (BEAUCHESNE, 2015, p. 43)

Há de se destacar também a consequência institucional da Política Criminal antidrogas que está ligada a capacidade de suporte que o sistema carcerário brasileiro possui para acolher

milhares de pessoas. Segundo uma reportagem do [g1.globo.com](http://g1.globo.com), apresentada por Clara Velasco e Thiago Reis (2019), o Brasil tem taxa de aprisionamento superior à maioria dos países, chegando a 335 a cada 100mil pessoas. Ainda, cerca de um a cada três pessoas presas no país respondem pelo crime de tráfico de drogas. Com a entrada em vigor da Lei de drogas em 2006, aumentou-se em 339% do número de presos por esse tipo de crime, estatística apresentada entre 2005 e 2013.

No tocante encarceramento feminino, segundo o ultimo levantamento do Infopen realizado em 2017, o número de mulheres presas no país cresceu 656% entre 2000 e 2016, sendo 62% negras, 74% mães e 45%, apesar de estarem cumprindo pena privativa de liberdade, ainda estão sem julgamento. (BRASIL, DEPEN, 2017)

De acordo este levantamento de informações penitenciárias, o crime de tráfico corresponde a 28% das incidências penais no país, das pessoas que foram condenadas ou aguardam condenação até julho de 2016. Entretanto, o relatório evidencia uma maior frequência de crimes ligados ao tráfico de drogas entre as mulheres. Ao tratar dos homens, os crimes ligados ao tráfico de entorpecentes representam 26% dos registros, enquanto que para as mulheres chega a marca de 62%. (BRASIL, DEPEN, 2017)

Nota-se que há crescimento constante no encarceramento de mulheres por tráfico de drogas, evidenciando que três em cada cinco presas respondem por ligação ao tráfico. Assim, fica clara a demonstração da catástrofe que tem sido a lógica de guerra e punitivismo e dos efeitos nefastos que produz, em especial os impactos na estrutura familiar.

Curioso mencionar as alterações recentes na legislação penal e processual brasileira, especialmente quanto ao habeas corpus coletivo aprovado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, enfrentando de fato a questão do encarceramento feminino, visando autorizar a prisão domiciliar de gestantes e mães ainda não condenadas envolvidas em crimes não violentos e facilitar a progressão de regime, nos casos em que já há condenação. Neste caminho, a Lei nº 13.769 de 2018 passou a estabelecer a substituição da pena privativa de liberdade por prisão domiciliar de mulheres encarceradas gestantes ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência.

Um ponto bastante criticado e que justifica o argumento da repressão às drogas está relacionado a capacidade que a substância entorpecente tem sobre o indivíduo que a usou, fazendo com que a droga cause efeito de impulsão à prática de outros crimes. Neste sentido, Louise Nadeau (1990, p. 49-50) aponta que

Ainda que os pesquisadores e os clínicos reconheçam que 50% dos atos criminosos são cometidos por indivíduos que consumiram psicotrópicos no momento da infração, seria, em todo caso, pretensioso estabelecer relações de causa e efeito entre a intoxicação e a violência. Os estudos que utilizam bebidas nas quais o álcool é substituído por placebo demonstraram que o puro fato de crer que se consumiu álcool sanciona as condutas agressivas das pessoas. As entrevistas intramuros com certos detentos conduzem às mesmas constatações no caso da cocaína. Os psicotrópicos servem muito mais como desculpa do que como causa da violência. O fato de se dizer em estado de intoxicação permite que se esconda atrás do fato de que “não se está em seu estado normal” e que se culpe a droga – álcool ou cocaína – pelas condutas agressivas ou delituosas.

Outra problemática envolve a venda de drogas às crianças, principalmente nos meios escolares, visto a facilidade de manipulação dos jovens, resultando em uma facilidade de dependência e uma maior satisfação das necessidades financeiras do traficante.

Neste sentido, Beauchesne (2015, p. 47) refere que “aproveitando-se da ingenuidade dos jovens, de sua pouca experiência, vendem-se produtos de péssima qualidade em razão da pequena quantidade de dinheiro que eles podem gastar”. Assim, sem saber o grau de toxicidade da droga que consome, o jovem acaba por sofrer séria intoxicação, uma vez que em conjunto do consumo da substância ilícita também são utilizadas drogas lícitas, como o caso do álcool, da nicotina, etc.

Outra questão que envolve a violência tem relação com as lutas entre gangues, que acabam por disputar pelo melhor território para incrementar o tráfico. Neste ângulo, Beauchesne (2015, p. 48) aborda que “nos bairros mais desfavorecidos, o dinheiro que a venda de droga ilícita pode render é ainda mais interessante, sobretudo se este representa uma das únicas possibilidades de obtenção de somas importantes.”. Diante desta situação, cresce a competição sobre o mercado de drogas, do mesmo modo que a violência não deixa se expandir.

Quanto a violência exercida pela polícia, Beauchesne (2015, p. 48) desenvolve que a guerra às drogas “[...] justificou poderes extraordinários de prática de revista às pessoas, busca em mandato e de interrogatório por parte da polícia [...] enquanto o consumo de drogas ilícitas



é um ato privado, esses poderes violam os direitos de liberdade individual.” Vale destacar que a própria polícia tem consciência de que a política proibicionista está perdida.

Insta mencionar neste ponto o número assustador de assassinatos de jovens anualmente no Brasil de acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2018 e o Mapa da Violência de 2016, que trata de homicídios por armas de fogo no país.

De acordo com Julio Jacobo Waiselfisz (2016, p. 48):

Pode ser vista a enorme concentração de mortalidade nas idades jovens, com pico nos 20 anos de idade, quando os homicídios por AF atingem a impressionante marca de 67,4 mortes por 100 mil jovens. Mas a escalada de violência começa nos 13 anos de idade, quando as taxas iniciam uma pesada espiral, passando de 1,1 HAF, nos 12 anos, para 4,0, nos 13 anos, quadruplicando a incidência da letalidade e crescendo de forma contínua até os 20 anos de idade.

Outra característica apresentada pelo autor trata da elevada masculinidade vítima de homicídios por arma de fogo, chegando a 94,4% em 2014. Além disto, os jovens entre 15 a 29 anos de idade representam 26% da população do país, mas essa faixa é responsável por 60% das vítimas dos crimes de homicídio por armas de fogo. (WASELFISZ, 2016)

Menciona ainda o autor que,

Ainda mais perversa e preocupante é a seletividade racial dos HAF, além de sua tendência crescente. Entre 2003 e 2014, as taxas de HAF de brancos caem 27,1% de 14,5, em 2013, para 10,6, em 2014; enquanto a taxa de homicídios de negros aumenta 9,9%: de 24,9 para 27,4. Com esse diferencial, a vitimização negra do país, que em 2003 era de 71,7%, em poucos anos mais que duplica: em 2014, já é de 158,9%, ou seja, morrem 2,6 vezes mais negros que brancos vitimados por arma de fogo. (WASELFISZ, 2016, p. 69)

Outra questão que também é digna de apontar concerne na proposta legislativa apresentada pelo jurista e ministro Sérgio Moro, no chamado “pacote anticrime”. Segundo Rodrigo Urbanski (2019), a proposta legislativa apresenta semelhanças com as teorias antigarantistas, em especial o Direito Penal do Inimigo elaborada por Gunther Jakobs.

Assim, na perspectiva do direito penal do inimigo, classificando determinadas pessoas da sociedade como “não pessoas” por apresentarem certo risco à segurança do estado, a medida proposta pelo ministro de “assegurar a execução provisória da condenação criminal

após o julgamento em segunda instância tem caráter antecipatório da pena, de modo que lesa diretamente o princípio da presunção de inocência, além suprir uma garantia constitucional.” (URBANSKI, 2019, p. 02)

No mesmo sentido, o autor complementa:

[...] a proposta de mudar a legítima defesa-excludente de ilicitude – em prol dos agentes de segurança pública, relativiza a punição e também pode haver desproporção nas penas – quando não isentos – aos agentes de segurança pública, diante da enorme carga subjetiva conferida aos juízes. Alguns juristas classificaram a medida como ‘licença para matar’. (URBANSKI, 2019, p. 02)

Não suficiente, o endurecimento da pena fere o princípio da individualidade da pena, demonstrando evidente desproporcionalidade, mascarando garantias legais e constitucionais, além de incluir determinados criminosos em listas como “inimigos da sociedade”.

Isso tudo está sendo apresentado justamente para reforçar que a guerra às drogas produz impactos sociais significativos. Não apenas pelos supostos traficantes mortos, mas também os policiais civis e militares vítimas de homicídio, em serviço e fora de serviço. O Brasil é um dos países em que os policiais mais morrem em confrontos armados, chegando ao número de 5.159 entre 2013-2017 decorrentes das intervenções policiais. (BRASIL, Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2018)

Nesta lógica, princípios elementares garantistas do Direito Penal e da Constituição estão sendo violados, uma vez que o poder conferido aos policiais ultrapassam esses limites, do qual é praticada certa chantagem entre o policial e o delinquente, a fim de conseguir o máximo de informação possível.

Há também a violência que sofre a polícia, consistindo daqueles agentes que são contra a guerra antidrogas, devido sua ineficiência, o aumento da criminalidade provocada por ela, à violência da qual são expostos em dia de trabalho, às ameaças de chantagem e corrupção estabelecida. (BEAUCHESNE, 2015)

### **3.2 A baixa efetividade da política criminal de drogas no Brasil**

Muito se discute nos dias atuais sobre a eficiência da Lei de drogas (11.343/06), questionando se houve avanços ou regressões, se está cumprindo seu objetivo de maneira satisfatória ou se a comunidade tem condição de perceber que apenas a punição não basta para resolverem os problemas.

Verificando o prisma nacional, constata-se que pouco se teve avanço na Política Criminal de Drogas vigente no país, uma vez que a criminalidade em geral só vem aumentando, não cessou ou reduziu significativamente o uso de entorpecentes, houve aumento drástico na população carcerária, não combateu a exclusão social e a criminalização da pobreza, continuaram os problemas de saúde do usuário, sem mencionar a violência acentuada e gastos econômicos monstruosos com prisões, judiciário e saúde.

Neste sentido, Alexandre Bizzotto, Andréia de Brito Rodrigues e Paulo Queiroz (2010, p. 41) afirmam que

Apesar da proibição, as drogas são facilmente encontradas em todo território nacional. Parece que, quão mais repressora é a política antidrogas, mais forte e violento se torna o tráfico, mesmo porque, enquanto houver procura (de droga ilícita ou lícita) haverá oferta, inevitavelmente.

Isto posto, os autores acima referidos defendem que a política antidrogas brasileira não deve entender apenas sua ineficiência repressiva, pois a solução não percorre somente neste trilho e sim em outras esferas do poder estatal, como por exemplo o engajamento social conexo às medidas alternativas e recurso terapêutico, desclassificando o caráter “inimigo” até então adotado por essa política.

No mesmo sentido, Maria Lúcia Karam aponta que a frustração da proibição nos seus objetivos

[...] além de ser evidente, seria facilmente previsível. Drogas são usadas desde as origens da história da humanidade. Milhões de pessoas em todo o mundo fizeram e fazem uso delas. A realidade tem mostrado que, por maior que seja a repressão, esse quadro não muda: sempre há e haverá quem queira usar essas substâncias. E havendo quem queira comprar, sempre haverá pessoas querendo correr o risco de produzir e vender. (KARAM, 2017, p. 2)

A autora afirma que passados mais de 100 (cem) anos da proibição, não houve redução significativa na disponibilidade das drogas. Pelo contrário, conforme determinadas

substâncias foram se tornando ilícitas, os preços destes produtos passaram a valores mais acessíveis, se tornando mais diversificados e mais potentes.

Apesar dessa evidência de uma política falida, cujo objetivo (de eliminar ou reduzir a disponibilidade das drogas tornadas ilícitas) é fundado num insucesso, a proibição continua a causar mais danos, danos estes mais graves que o uso da própria substância entorpecente. Nesta esteira, Karam discorre sobre a violência como subproduto da lógica proibicionista, demonstrando que

O mais evidente e dramático desses danos é a violência, resultado lógico de uma política fundada na guerra. Não são as drogas que causam violência. O que causa violência é a proibição. A produção e o comércio de drogas não são atividades violentas em si mesmas. É sim o fato da ilegalidade que produz e insere no mercado empresas criminalizadas, simultaneamente trazendo a violência como um subproduto de suas atividades econômicas. (KARAM, 2017, p. 3)

Concluindo o raciocínio, Karam (2017, p. 3) cita o exemplo da bebida alcoólica nos Estados Unidos: “Não há pessoas fortemente armadas, trocando tiros nas ruas, junto às fábricas de cerveja, ou junto aos postos de venda dessa e outras bebidas. Mas isso já aconteceu. Foi nos Estados Unidos, entre 1920 e 1933, quando lá existiu a proibição do álcool”. Por este ângulo, a autora trás a época do Al Capone e outros membros de organizações criminosas que se envolviam em conflitos armados nas ruas pelo fato da repressão.

Fazendo um paralelo com o parágrafo anterior, hoje em dia não existe violência na produção ou comércio de bebidas alcoólicas. A questão que fica é porque seria diferente na produção e comércio das substâncias entorpecentes. Com isso, percebe-se que só existe violência porque se proíbe. “Só existem armas e violência na produção e no comércio de maconha, de cocaína e das demais drogas tornadas ilícitas porque o mercado é ilegal”. (KARAM, 2017, p. 3)

Ainda, complementa a autora

As convenções internacionais e leis nacionais que discriminativamente proíbem condutas de produtores, comerciantes e consumidores das arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas ilegítimamente criam “crimes sem vítimas”, mas a proibição e sua guerra, como quaisquer outras guerras, são letais. A “guerra às drogas” mata muito mais do que as drogas. (KARAM, 2017, p. 3)

Assim, a violência causada pela guerra é mais prejudicial do que a toxicidade da maioria das drogas tidas como ilícitas. Lembrando que, ao tratar de violência, inclui-se àquela criada pela polícia, com abuso de poder e meios ilegais utilizados, acarretando violação de direitos fundamentais dos “transgressores inimigos da sociedade”.

Outro ponto negativo da atual política, além de provocar a violência acentuada, mortes de policiais e civis, discriminação e preconceito, encarceramento massivo, manifesta-se na questão da saúde, uma vez que o Estado busca enfrentar o problema com o sistema penal, resultando num agravo do próprio problema da saúde.

Contribuindo na problemática da saúde Karam (2017, p. 4) explana

A proibição causa maiores riscos e danos à mesma saúde que enganosamente anuncia pretender proteger: entrega o mercado a agentes econômicos que, atuando na clandestinidade, não estão sujeitos a qualquer limitação reguladora de suas atividades; impede a fiscalização da qualidade das substâncias produzidas e comercializadas; estimula o consumo descuidado e não higiênico; dificulta a assistência e o tratamento eventualmente necessários, seja impondo internações compulsórias, que, além de reconhecidamente ineficazes, violam direitos fundamentais, seja inibindo a busca voluntária de assistência e tratamento, muitas vezes com trágicas consequências, como em episódios de overdose em que o medo da revelação da prática de uma conduta tida como ilícita paralisa os companheiros de quem a sofre, impedindo a busca do socorro imediato.

Além do exposto pela autora, há de se ressaltar que a proibição constrói uma atração do proibido, principalmente incentivando adolescentes, além de causar influência preconceituosa baseada na desinformação, prejudicando as ações sanitárias que visam promover e proteger a saúde da população.

### **3.3 A necessidade de repensar a lógica da criminalização**

Defender um modelo alternativo ao proibicionismo não significa dizer que o Estado abandonará o problema, mas reanalisar seu papel de eficiência nos limites democráticos. Para que a mudança tenha sucesso, deve haver alteração paralela da construção legislativa e políticas públicas que estabeleçam normas justas, propiciando meios menos perigosos e que atendam da melhor maneira possível as questões da droga que inevitavelmente causarão.

De acordo com Maurício Fiore, a primeira mudança teria de partir da valorização do autocuidado. Assim, afirma que

A alteração sistemática da consciência por meio de substâncias não é uma ação isolada. Os indivíduos o fazem em contextos sociais específicos que estão, como todos os outros, repletos de valores, regras e sentidos que tanto incitam quanto estabelecem parâmetros. Aos efeitos desordenadores das drogas, sempre são postos controles e freios sociais, inclusive com aplicação de sanções. Num exemplo atual, indivíduos e sociedade se equilibram entre estímulos, valores e sanções que dizem respeito ao consumo de álcool. O estado, nesse caso, se ausenta da tarefa de regular o mercado e desestimular o uso, mas ainda assim, a maior parte dos bebedores não pode ser considerada socialmente disfuncional ou dependente crônica. Quando se reconhece que é impossível suplantar os problemas que o consumo de drogas inevitavelmente pode causar, percebe-se com mais facilidade que nenhuma medida preventiva será mais eficiente do que o autocuidado e o fortalecimento de laços sociais. (FIORE, 2012, p. 5)

Também, quanto aos controles sociais, aponta:

Há que se evitar, também, a crença de uma regulamentação onipresente da produção e do comércio de substâncias psicoativas. Medidas de controle e desestímulo são fundamentais – aumento de preços, restrição de pontos de venda, limitação de quantidade ofertada, controle de dosagem etc. -, mas devem ser levados em conta os padrões de consumo mais comuns para que não se configurem num grande incentivo a hipertrofia do inevitável mercado clandestino. (FIORE, 2012, p. 6)

Como caracteriza o autor em relação ao viciado na ingestão de bebida alcoólica, o mesmo deveria acontecer com o dependente de drogas. O vínculo comunitário na reabilitação destes indivíduos é de extrema importância, haja vista a eficiência do meio termo ajustado entre indivíduo e sociedade que fazem ligação entre motivação, valores, reconhecimento e penalidades.

Outro ponto importantíssimo destacado pelo autor aborda as medidas de controle social na produção e comércio das substâncias entorpecentes. O Estado não pode tratar essas questões com descaso, necessitando do agir de autoridade, direcionando obter resultado mais satisfatório possível, não dando brecha a clandestinidade. Portanto, limitações de quantidade por indivíduo, restrições de idade, de localidade comercial, são só alguns exemplos que obrigatoriamente terão de ser considerados.

Segundo Fiore (2012), o segundo item crucial do modelo alternativo discorre sobre a descriminalização de fato do consumo e a estipulação de critérios objetivos. Neste rumo, desenvolve

A política justa e eficiente sobre drogas pressupõe, no mínimo, a descriminalização do consumidor. Uma experiência prática que tem sido apontada como modelo é a portuguesa. Há uma década, uma nova lei manteve a ilegalidade das drogas, mas tornou seu porte para consumo uma infração administrativa. Caso flagrado com

drogas, o indivíduo é ouvido por uma junta civil composta de psicólogos, médicos e assistentes sociais que, de forma compartilhada e sob a perspectiva do cuidado à saúde integral, decidem se é o caso de tratamento ou de sanções mais sérias, como multas. Em boa parte dos casos envolvendo adultos e drogas como maconha, o papel do Estado se encerra, temporariamente, nesse contato. As normas portuguesas estabelecem com mais clareza qual a quantidade que tipifica a posse para uso (estimada para dez dias de consumo), e os resultados obtidos desde a mudança são positivos, como a queda do número de consumidores problemáticos e a diminuição do envolvimento de crianças com drogas. A maior conquista do modelo, no entanto, é demonstrar que a supressão da punição não faz com que todos, principalmente os jovens, corram para o traficante mais próximo em busca de drogas. Sua introdução, no entanto, deve ser adaptada a contextos como o brasileiro, caracterizado por grande seletividade penal contra populações vulneráveis. Tirar o consumidor da órbita do direito penal por meio de critérios claros para definir o que é porte para consumo e para tráfico é uma mudança menos polêmica e com impactos positivos. (FIORE, 2012, p. 6)

Apresenta o autor em seu artigo o exemplo da descriminalização realizada na República Portuguesa, da qual se percebe uma maior efetividade da Política Criminal empregada no país.

Outro ensinamento do autor parte do planejamento das ações de acordo com a especificidade de cada droga. Assim,

Políticas eficientes devem se basear em dados empíricos sobre os efeitos, os riscos potenciais e os padrões de consumo de cada uma delas. É com base nessa especificidade que grande parte dos críticos do proibicionismo defendem a possibilidade de mudança imediata, por exemplo, do estatuto jurídico da maconha, a droga ilegal mais consumida do planeta. (FIORE, 2012, p. 6)

Diante desta colocação, se entende que deve acontecer de fato a descriminalização das drogas, ainda que paulatinamente, regularizando sua circulação e consumo, uma vez que a tendência mundial caminha nesse sentido. Há no mercado variadas substâncias tidas como legais que são mais danosas que àquelas consideradas ilegais. Como cita o autor, a maconha não apresenta qualidade alta tóxica letal e o padrão de consumo mais comum não é problemático. Além disso, “a manutenção da maconha na lista de plantas proscritas tem dificultado a investigação sobre a sua ampla e bem demonstrada função medicinal.” (FIORE, 2012, p. 6)

Outras drogas ilegais, como no caso da cocaína, necessitariam de uma regulamentação mais complexa, aproximando-se hoje nos moldes de medicamentos controlados. Neste caso, o obstáculo identificado seria fazer o balanço da política em garantir mais controle sem a criminalização, tirando o incentivo do mercado clandestino. Neste sentido, Fiore (2012, p. 6)

argumenta que “[...] Hoje, proibir tem sido a resposta. Desafiados por novas substâncias ou formas de alterar a consciência no futuro, os Estados poderão pagar um preço alto por não ter testado e aprimorado outras alternativas.”

Por fim, para aprimorarmos a vida em sociedade, baseada em uma segurança pública efetiva, juntamente de fazer garantir direitos individuais fundamentais tão segurados pelo sistema jurídico, é evidente a necessidade em descriminalizar e regulamentar as drogas, diante do fracasso do proibicionismo impetrado na Política Criminal de Drogas brasileira.

Buscando a medida de descriminalização, Mark Thornton (2018, p. 231) elenca algumas opções de políticas, tais como “[...] a nacionalização (drogas do governo), exigências de licenciamento, controles de preços, tributação, regulação, uma variedade de programas de manutenção, quarentenas, educação e reabilitação, seriam melhoramentos sobre a proibição”. Em termo de efetividade, estas medidas propõem soluções de longo prazo mais sustentáveis e duradouras.

Entrando na questão econômica, mais precisamente a do livre mercado, Thornton (2018, p. 236-238) apresenta vários benefícios, tais como

- 1º) Um preço competitivo [...], liberaria recursos para o consumo de bens tais como alimentação, vestuário, abrigo e cuidados médicos.
- 2º) A motivação dos lucros estimularia os produtores a introduzirem bens com características que aumentam a satisfação dos consumidores. Produtos mortais que sobrevivem nos mercados negros seriam eliminados [...]
- 3º) Fornecedores prefeririam consumidores regulares familiarizados com o produto [...] Não recorreriam mais aos serviços de menores de idade para a venda de seus produtos no varejo.
- 4º) Informações sobre a disponibilidade, preço e qualidade dos produtos estariam disponíveis. As propagandas transmitiriam informações sobre as características singulares de uma marca específica.
- 5º) Os produtores se engajariam na padronização dos produtos, na rotulagem das marcas, nas orientações para o uso, nas informações sobre a segurança dos produtos e assim por diante.
- 6º) O crime e a corrupção resultam da proibição, tributação, regulações e outras opções de políticas seriam eliminados.
- 7º) Os gastos do governo com cumprimento de lei, prisões e tribunais poderiam ser reduzidos. As cortes de justiça não ficariam tão sobrecarregadas, as prisões ficariam menos lotadas e a polícia poderia concentrar seus recursos no combate aos crimes tradicionais [...] Essas mudanças poderiam promover o respeito pela lei e ordem.
- 8º) Indivíduos seriam diretamente responsáveis pelo seu próprio consumo e abstinência das drogas. Mais recursos e atenção pública poderiam ser dedicados à educação, tratamento, manutenção e reabilitação.
- 9º) Consumidores teriam acesso ao sistema legal para protegê-los contra fraudes e negligências por parte dos produtores. Produtores não teriam mais que recorrer à



violência para obrigar o cumprimento dos contratos e assegurar os pagamentos. Territórios de venda seriam mantidos por acordos voluntários em vez da violência.  
10º) A legalização [...] promoveria o desenvolvimento econômico geral.

Além do exposto pelo professor de economia, as mídias jornalísticas alertariam das consequências na utilização dessas substâncias, através de anúncios, propagandas, entrevistas e documentários.

Acrescentando a pesquisa, no caso de se optar pela descriminalização, muito se discute se teria de remover o caráter ilícito de todas as drogas ou somente de algumas, visto que algumas substâncias são categorizadas como “mais leves” e outras “mais pesadas”. Neste sentido, Beauchesne (2015, p. 143) coloca

A categorização das drogas em “leves” versus “pesadas” é feita, frequentemente, por aqueles que são a favor da descriminalização ou da legalização das “drogas leves” unicamente; essa posição repousa geralmente na crença em uma baixa nocividade desses produtos. Essa categorização das drogas em “leves” e “pesadas” pressupõe que é possível classificá-las objetivamente a partir de um critério único, sua nocividade.

Desse modo, se considerar a nocividade da substância na hora de descriminalizar, na ótica dos efeitos físicos permanentes e diretos causadores, deveriam ser incluídos as bebidas alcoólicas e o tabaco entre as substâncias tóxicas e a heroína e afins como mais benignos. Destarte, seria difícil estabelecer uma classificação justa e honesta, a julgar pelo repúdio irracional incorporado na política de drogas brasileira.

Por fim, Beauchesne (2015, p. 145) encerra a discussão nos ensinando que “essa distinção entre drogas “leves” e “pesadas” não é mais utilizada há muitos anos na maioria das instituições internacionais, comissões, grupos de estudo e documentos que discutem a prevenção das toxicomanias com o objetivo de promoção da saúde.”.

À vista de todo o aludido neste capítulo e verificando a constituição cultural do repressivismo penal que se criou no Brasil, pautada em um endurecimento da execução penal e da tolerância zero, principalmente contra as drogas, dificilmente terão mudanças em um futuro breve no país, visto que se enraizou o modelo de direito penal máximo importado dos Estados Unidos. O ideal seria uma flexibilização paulatina, entretanto, para Thornton (2018, p. 240) as “soluções reais para problemas sérios podem ser encontradas somente na raiz e tais

problemas podem ser resolvidos somente com uma revolução nas ideias e mudanças drásticas.”.

Observando o futuro da Política de repressão às drogas, Salo de Carvalho destaca que o discurso repressivo das drogas no cotidiano é facilmente incorporado na sociedade. Assim, o autor coloca que “[...] a perspectiva universalista da Defesa Social absorver e aprisiona a alteridade, convocando postulados de moralidade para a eterna cruzada do bem contra o mal”. (CARVALHO, S. 2016, p. 381)

Isso explica a dificuldade em implementar medidas “solucionatórias” alternativas, haja vista a cegueira do fundamento ideológico da Defesa Social que acaba por prejudicar as políticas públicas interessadas na efetivação de valores constitucionalmente previstos.

Entretanto, para Salo de Carvalho (2016), ao eleger as pessoas envolvidas com drogas como inimigos da sociedade, os quais deveriam, segundo o discurso prevalecente, ser exterminados, abre-se espaço para a relativização de garantias penais e processuais presentes no texto da Constituição e para a adoção de modelos de direito penal máximo, pautados pelo desrespeito à dignidade humana e pela relativização do valor de determinadas “vidas”. Ao contrário, uma política de descriminalização, poderá produzir um “contrafeito”, abrindo espaço para as políticas preventivas contemporâneas com maior eficácia na redução de danos pelas drogas.

Caso ocorresse o efeito contrário exposto pelo autor, importaria positivamente, visto que ao retirar o problema da ilegalidade, seria mais fácil e teria mais clareza no desenvolvimento da informação educacional e para a regulamentação do comércio e uso das drogas. Neste contexto, Salo de Carvalho leciona

A incapacidade do humano de estar frente à diversidade e a sua impossibilidade de realiza *acontecimentos trágicos* (Timm de Souza) com sujeitos que o desestabilizam talvez possam explicar a necessidade de manutenção da lógica proibicionista com seus perversos efeitos. (CARVALHO, Salo. 2016, p. 389)

Enfim, para que se supere a perversa moralização exercida pela sociedade, mas também em especial pelos juristas, é necessário transformar os valores morais. Evoluir, transformar e aperfeiçoar os princípios morais e éticos patrocinados socialmente, em especial,

visando efetivar o valor da dignidade da pessoa humana, e os seus correlatos valores: a liberdade, a autonomia de vontade e o respeito às diferenças.

## CONCLUSÃO

Nota-se, ao longo da pesquisa, que o objetivo deste trabalho foi expor a questão das drogas sob diferentes perspectivas. No começo demonstrou-se que no conceito de política criminal teria de acrescer a importância da prevenção em seu discurso, não bastando somente os procedimentos repressivos como meios de reagir a criminalidade a fim de manter a ordem social. Dessa forma, passou a simbolizar os rumos pelo qual o Estado atuará no momento de prevenir ou reprimir um crime, orientado pelos princípios teóricos básicos da organização estatal.

Com a ampliação do conceito de política criminal, passou-se a expor a relação humana com as ervas naturais durante a história da humanidade, demonstrando que este relacionamento sempre esteve presente, independente do tipo de comunicação que se deu. À vista disso, trouxe as dificuldades em precisar exatamente a partir de que momento se considerou determinadas substâncias como ilícitas.

Limitando temporalmente o início do proibicionismo no Brasil, solidificou que este se deu quando as substâncias entorpecentes passaram a serem tomadas como proibidas no país por meio das Ordenações Filipinas, em seu livro V, de 1603, ainda que este texto legal não se utilizasse o termo “droga”. A contar desta data, foram analisados os aspectos históricos e a evolução legislativa brasileira, passando até a vigente Constituição Federal de 1988 e a atual legislação de drogas no Brasil (Lei nº 11.343/06).

Além do diagnóstico brasileiro, também se examinou o cenário mundial quanto a lógica de “guerra às drogas”, avaliando o espelhamento que o Brasil teve com tratados e convenções internacionais quanto ao controle penal sob as substâncias entorpecentes. Observa-se, neste título, que fora criada a figura do narcotraficante e a estratégia global de

combate às drogas, potencializando ao máximo a ideia de eliminar, ou ao menos isolar, estes indivíduos do resto da sociedade.

Nesta esteira de expansão do direito penal apresenta-se como resposta político criminal repressivista o Direito Penal do Inimigo, elaborada pelo doutrinador alemão Gunther Jakobs em 1985, a fim de garantir um modelo estatal sólido que garantisse um tratamento penal adequado a indivíduos criminosos contínuos que desrespeitam os princípios basilares da sociedade. Dessa forma, estabelece a criação do direito penal do cidadão e do direito penal do inimigo, havendo diferenças nas garantias penais e processuais destes, não importando violação de direitos àquele tido como inimigo da sociedade. O modelo do inimigo mostra-se presente na lógica de combate as drogas baseada na perspectiva da guerra, uma vez que são negadas, no processo de enfrentamento ao tráfico e ao consumo, garantias penais e processuais básicas aos acusados.

Em seguida, foi desenvolvido na pesquisa o tratamento legal do consumo de drogas a partir da Lei nº 11.343/06, perpassando nas questões de descriminalização ou despenalização. Versaram, ainda, do tratamento punitivo da conduta de tráfico a partir da Lei de Drogas, demonstrando as condutas típicas e as respectivas penas, o regime inicial de cumprimento de sentença, a natureza hedionda e a possibilidade de aplicação de pena alternativa. Ademais, trouxe a questão do traficante consumidor e as garantias constitucionais presentes no texto da Constituição Federal de 1988 em razão da política de guerra às drogas.

Nesse contexto, apresentaram-se as inúmeras consequências negativas que esta política repressivista ocasiona, sendo poucas as consequências positivas. Evidenciou-se o aumento da violência (tanto em aspectos de quantidade como de crueldade); o crescimento carcerário brasileiro nos últimos anos (tanto de homens quanto de mulheres); o tratamento médico frustrado para com os usuários, além da incapacidade de alcançar a maioria destes indivíduos e uma péssima estrutura de reinserção social; a contribuição ao mercado negro, tráfico de armas e um consumidor indefeso legalmente em relação a qualidade/quantidade dos produtos adquiridos; exclusão social, criminalização da pobreza, gastos estrondosos com judiciário, saúde e prisões; a interceptação policial não alcança nem 10% de toda a circulação desses produtos tidos como ilícitos; ação punitiva mais rigorosa que o próprio delito, etc.

Há de se destacar também o impacto causado pela política de guerra às drogas relacionado ao frequente estado de exceção que o país se encontra, fazendo com que o Estado suspenda prerrogativas constitucionais para enfrentar a questão das drogas. Nesta perspectiva, ao invés de se aplicar a regra, respeitando as garantias penais e processuais consagradas na Constituição Federal, as autoridades estão aplicando a exceção, desviando dos padrões determinados pelo Estado democrático de direito, buscando a todo custo culpabilizar esses sujeitos tidos como inimigos da sociedade.

Por conseguinte, a pesquisa comprova a incontestável incapacidade da Política Criminal de Drogas brasileira em atingir seus objetivos pré-determinados. Torna-se evidente o fracasso desta política e, custam, ao mesmo tempo, muitos esforços para o Estado sustentar este modelo ilusório de segurança pública. Há a urgente necessidade de repensar a lógica de criminalização e desconstruir a perversa moralização criada em relação às drogas.

## REFERÊNCIAS

BARROS, André. **Constituição e tráfico de drogas**, 2017. Disponível em: <<http://www.smokebuddies.com.br/constituicao-e-trafico-de-drogas/>> Acesso em: 27 de Abril de 2019.

BATISTA, Vera. **Difíceis Ganhos Fáceis: drogas e juventude pobre no rio de janeiro**. Rio de Janeiro: ICC/Freitas Bastos, 1998.

BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. Disponível em: <[https://www.academia.edu/16082676/\\_Artigo\\_Pol%C3%ADtica\\_criminal\\_com\\_derramamento\\_de\\_sangue\\_-\\_Nilo\\_Batista\\_1\\_](https://www.academia.edu/16082676/_Artigo_Pol%C3%ADtica_criminal_com_derramamento_de_sangue_-_Nilo_Batista_1_)>. Acesso em: 16 de Outubro de 2018.

BEAUCHESNE, Line. **Legalizar as drogas para melhor prevenir os abusos**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2015.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito; QUEIROZ, Paulo. **Comentário críticos à Lei de drogas**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Repressão a usuário de drogas é questão constitucional**, 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-mar-19/direito-defesa-repressao-usuario-drogas-questao-constitucional#author>> Acesso em: 27 de Abril de 2019.

BRASIL. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, 2018. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Anuario-Brasileiro-de-Seguran%C3%A7a-P%C3%BAblica-2018.pdf>> Acesso em: 15 de Março de 2019.

BRASIL. Decreto nº 3.914, de 09 de Dezembro de 1941. **Lei de introdução do Código Penal Brasileiro e da Lei de Contravenções Penais**. Brasília, Câmara dos Deputados. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3914.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm)>. Acesso dia: 20 de Abril de 2019.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de Outubro de 1890. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso dia: 07.10.2018.

BRASIL. DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**, 2017. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento->

nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\_2016\_22111.pdf> Acesso em: 15 de Março de 2019.

BRASIL, Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. **Lei de Drogas**. Brasília, Câmara dos Deputados. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso dia: 24 de Abril de 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 118533**, Brasília. Rel. Min. Carmén Lúcia, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319638>> Acesso em: 02 de Fevereiro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 430105**, Rio de Janeiro. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>>. Acesso dia: 24 de Abril de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1038925**, São Paulo. Rel. Min. Gilmar Mendes, 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312754415&ext=.pdf>>. Acesso dia: 25 de Abril de 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 663261**, Brasília. Rel. Min. Luiz Fux, 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=228391>> Acesso em: 02 de Fevereiro de 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CARVALHO, Jonatas Carlos de. **A emergência da política mundial de drogas: o Brasil e as primeiras Conferências Internacionais do Ópio**, 2014. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/oficinadohistoriador/article/view/15927/11571>>. Acesso em: 17 de Outubro de 2018.

CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8 Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: (do discurso oficial às razões da descriminalização)**, 1996, p. 30. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106430>>. Acesso em: 24 de Outubro de 2018.

COLLI, Maciel. FERRARI, Karine Angela. **Consumo pessoal de drogas: descriminalização, despenalização ou descarcerização após o advento da lei n. 11.343/06**, 2012. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/acsa/article/view/1514/0>>. Acesso em: 23 de Abril de 2019.

DAVID, Juliana França. **Breve histórico e evolução das legislações referentes a drogas no Brasil**, 2018. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/breve-historico-e-evolucao-das-legislacoes-referentes-a-drogas-no-brasil>>. Acesso em: 21 de Outubro de 2018.



DELMAS MARTY, Mireille. **Modelos e movimentos de Política Criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

DE PAULA, Érica Maria Sturion. **Penas alternativas**: Disciplina o que é a pena alternativa, sua aplicação e execução, trazendo a lume as considerações dos doutrinadores quanto à sua eficácia no sistema punitivo, 2007. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3893/Penas-alternativas>>. Acesso em: 21 de Abril de 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Terceira Parte, Cap. VII).

IORE, Maurício. **O lugar do Estado na questão das drogas**: o paradigma proibicionista e as alternativas, 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002012000100002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002012000100002&script=sci_arttext)> Acesso em: 08 de Março de 2019.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Alternativas da pena privativa**, 2017. Disponível em:< [http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171002201224-alternativas\\_pena\\_privativa\\_liberdade.pdf](http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171002201224-alternativas_pena_privativa_liberdade.pdf)> Acesso em: 25 de Abril de 2019.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito Penal**: Parte Geral. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**: prevenção e repressão. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo** (ou inimigos do direito penal), 2010. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/artigo,direito-penal-do-inimigo-ou-inimigos-do-direito-penal,29698.html>>. Acesso em: 05 de Dezembro de 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas Comentada**: Lei 11.343, de 23 de Agosto de 2006. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova lei de tóxicos**: descriminalização da posse de droga para consumo pessoal, 2007. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI33969,11049-Nova+lei+de+drogas+descriminalizacao+da+posse+de+drogas+para+consumo>>. Acesso em: 23 de Abril de 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova lei de tóxicos**: descriminalização da posse de droga para consumo pessoal, 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9180/nova-lei-de-drogas>>. Acesso em: 24 de Abril de 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 19ª Ed. Niterói: Impetus, 2017.

GUIMARÃES, Paulo. **Tráfico de drogas e crime hediondo**, 2017. Disponível em:< <https://www.estrategiaoab.com.br/trafico-de-drogas-e-crime-hediondo/>> Acesso em: 25 de Abril de 2019.

HUGUES, Elizabeth Caitlin; STEVENS, Alex. **What we can learn from the Portuguese descriminalization of illicit drugs**, pág. 999-1022. V. 50. Oxford Journals, 21 de Julho de 2010.

JAKOBS, Gunther. MELIÁ, Manuel Câncio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**, 2007. Disponível em: <[http://www.esmeg.org.br/pdfMural/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://www.esmeg.org.br/pdfMural/direito_penal_do_inimigo.pdf)>. Acesso em: 03 de Dezembro de 2018.

JAKOBS, Gunther. MELIÁ, Manuel Câncio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomilli. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. **A guerra às drogas é inconstitucional, ineficiente e pior que o próprio uso de drogas**, 2017. Disponível em: <<https://www.studentsforliberty.org/guerra-drogas-inconstitucional-ineficiente>> Acesso em: 11 de Março de 2019.

LARIZZATTI, Rodrigo Pereira. **As organizações criminosas e o “direito penal do inimigo”**, 2009. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj032976.pdf>>. Acesso em: 17 de Outubro de 2018.

LECHENAKOSKI, Bryan Bueno. **O usuário-trafficante: ensaios sobre a inexigibilidade de conduta diversa**, 2018. Disponível em: <<http://www.salacriminal.com/home/o-usuario-trafficante-ensaios-sobre-a-inexigibilidade-de-conduta-diversa>>. Acesso em: 26 de Abril de 2019.

LEMINI, Matheus Magnus Santos. **Direito Penal do Inimigo: sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro**, 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7619](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619)>. Acesso em: 03 de Dezembro de 2018.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Usuário ou trafficante? A seletividade penal na nova lei de drogas**, 2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3836.pdf>>. Acesso em: 24 de Abril de 2019.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O Supremo Tribunal Federal, o Tráfico de Drogas e as Penas Alternativas**, 2013. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/doutrina\\_24165223\\_O\\_SUPREMO\\_TRIBUNAL\\_FEDERAL\\_O\\_TRAFICO\\_DE\\_DROGAS\\_E\\_AS\\_PENAS\\_ALTERNATIVAS.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_24165223_O_SUPREMO_TRIBUNAL_FEDERAL_O_TRAFICO_DE_DROGAS_E_AS_PENAS_ALTERNATIVAS.aspx)> Acesso em: 02 de Fevereiro de 2019.

NADEAU, Louise. **Le Québec et les substances psychoactives: vers une stratégie concertée de recherché, de prévention, de formation et de traitement**. Psychotropes. V. 6. Canadá: Universidade de Montreal, 1990.

PEDROSO, Marcelo Bатуíra Losso. O princípio fundamental da liberdade, sua importância e hierarquia sobre os demais direitos humanos. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXIV, n. 78, p. 53-60, set. 2004. p. 59-60.

PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao controle penal das drogas ilícitas**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013.

REIS, Thiago. VELASCO, Clara. **Com 335 pessoas encarceradas a cada 100mil, Brasil tem taxa de aprisionamento superior à maioria dos países do mundo.** São Paulo, 28 de Abril de 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/28/com-335-pessoas-encarceradas-a-cada-100-mil-brasil-tem-taxa-de-aprisionamento-superior-a-maioria-dos-paises-do-mundo.ghtml>> Acesso em: 09 de Março de 2019.

RODRIGUES, Thiago. **Guerras às drogas, ainda e sempre?**, 2012. Disponível em: <[https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/31904514/Thiago\\_Rodrigues\\_Guerra\\_as\\_drogas\\_ainda\\_e\\_sempre.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1556385094&Signature=J0LgmKr7uGOh044p6yGaAM8GR8c%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DGuerra\\_as\\_drogas\\_ainda\\_e\\_sempre.pdf](https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/31904514/Thiago_Rodrigues_Guerra_as_drogas_ainda_e_sempre.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1556385094&Signature=J0LgmKr7uGOh044p6yGaAM8GR8c%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DGuerra_as_drogas_ainda_e_sempre.pdf)>. Acesso em: 27 de Abril de 2019.

SILVA FILHO, Lídio Modesto da. **Direito Penal do Inimigo.** Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá, v. 12, n. 1, 2010.

SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. **Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais.** Revista Jus Navigandi, 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19551/historico-das-drogas-na-legislacao-brasileira-e-nas-convencoes-internacionais/1>>. Acesso em: 16 de Outubro de 2018.

SILVA. César Dário Mariano da. **Lei de drogas comentada.** 2ª Ed. Associação Paulista do Ministério Público: São Paulo, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 233.

SILVEIRA, Marcelo Pichioli. **Direito penal do inimigo, (o debate) de Gunther Jakobs e Manuel Cancio Meliá,** 2017. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/direito-penal-do-inimigo-o-debate-de-gunther-jakobs-e-manuel-cancio-melia>>. Acesso em: 21 de Outubro de 2018.

THORNTON, Mark. **Criminalização: Análise econômica da proibição das drogas.** 1ª Ed. São Paulo: Lvm Editora, 2018.

TORCATO, Carlos Eduardo Martins. **Breve história da proibição das drogas no: uma revisão Brasil,** 2014. Disponível em: <<http://lehda.fffch.usp.br/sites/lehda.fffch.usp.br/files/upload/paginas/2014.%20TORCATO.%20uma%20historia%20da%20proibicao%20das%20drogas.pdf>>. Acesso em: 21 de Outubro de 2018.

URBANSKI, Rodrigo. **O pacote anticrime de Sérgio Moro e o Direito Penal do Inimigo,** 2019. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/679582372/o-pacote-anticrime-de-sergio-moro-e-o-direito-penal-do-inimigo>> Acesso em: 15 de Março de 2019

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência: Homicídios por armas de fogo no Brasil,** 2016. Disponível em: <

[https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016\\_armas\\_web.pdf](https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf)> Acesso em: 15 de Março de 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual do Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.