



Centro Universitário de Brasília- UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

JOSÉ PAULO BRAZ MARTINEZ DA SILVA

**A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL E OS REFLEXOS
SOCIAIS DA LEI 11.343/2006:
CONSIDERAÇÕES SOBRE MODELOS ALTERNATIVOS**

**Brasília
2014**

José Paulo Braz Martinez da Silva

**A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL E OS REFLEXOS
SOCIAIS DA LEI 11.343/2006:
CONSIDERAÇÕES SOBRE MODELOS ALTERNATIVOS**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB

Orientadores: Gabriel Haddad Teixeira e
Larissa Maria Melo Souza.

Brasília
2014

Dedico o presente trabalho às duas diretrizes da minha vida: minha mãe pela demonstração diária de amor e dedicação, e minha irmã pelo companheirismo e amizade. Agradecerei eternamente pela oportunidade de crescer ao lado dessas duas mulheres exemplares, das quais carregarei um pouco de cada em toda conquista da minha vida.

Agradeço ao meu orientador por auxiliar no desenvolvimento do meu trabalho, sempre com observações claras e construtivas.

RESUMO

Este trabalho monográfico tem o intuito de analisar a política brasileira de repressão às drogas e as consequências sociais dela oriundas. Primeiramente é abordado o desenvolvimento legislativo brasileiro em relação ao assunto, para depois propor uma breve análise da Lei 11.343/2006, a chamada Lei de Drogas. Em seguida serão demonstrados os reflexos sociais do modelo proibicionista e a distinção entre consumidor/traficante observada na Lei. Por fim, serão analisados modelos alternativos ao adotado no Brasil, que buscam dirimir as consequências sociais resultantes do comércio ilícito de entorpecentes. Há também um indicativo de projetos de leis que propõem a legalização da maconha e a manifestação de um Ministro do Supremo Tribunal Federal no sentido de apoiar o debate sobre a descriminalização das drogas.

Palavras-chave: Drogas – Tráfico – Proibicionismo- Despenalização.
Descriminalização - Legalização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 O USUÁRIO E O TRAFICANTE PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	8
1.1 Breve referência histórica: Legislações brasileiras sobre drogas	8
1.2 Lei 11.343 de agosto de 2006 – A atual Lei de drogas	13
<i>1.2.1 O usuário</i>	15
<i>1.2.2 O traficante</i>	18
<i>1.2.3 Reflexões sobre a Lei 11.343/2006</i>	22
2 CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS DA POLÍTICA BRASILEIRA DE COMBATE ÀS DROGAS	24
2.1 O direito penal do inimigo, de Gunther Jakobs	24
<i>2.1.1 Inimigos</i>	26
<i>2.1.2 Traficante, o inimigo do Estado brasileiro</i>	28
2.2 Teoria das subculturas e a subcultura das facções	29
2.3 O recrutamento de jovens para o tráfico	32
3 MEDIDAS ALTERNATIVAS À ATUAL POLÍTICA CRIMINAL DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL	36
3.1 Modelos alternativos ao modelo internacional proibicionista (despenalização, descriminalização e legalização)	37
<i>3.1.1 Despenalização</i>	38
<i>3.1.2 Descriminalização e o modelo português</i>	39
<i>3.1.3 Legalização e a experiência do Uruguai</i>	42
<i>3.1.4 Brasil e a possível mudança legislativa</i>	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

Dentre os problemas causados pelo uso e venda de entorpecentes ilícitos, o maior deles talvez não seja os efeitos colaterais que cada substância pode provocar nos usuários, mas sim as consequências sociais causadas pelo comércio clandestino internacional e nacional dessas substâncias.

O consumo de substâncias entorpecentes é um comportamento humano desde os primórdios que passou por diversos entendimentos e tratamentos legislativos no decorrer da história. Por motivos não apenas medicinais, mas também econômicos, políticos e sociais, alguns entorpecentes passaram a ser considerados ilegais e ter seu uso e venda proibidos. Dentre eles, os mais populares são: a maconha, a cocaína, e o LSD.

Nos dias atuais o início do uso de drogas em geral é cada vez mais precoce e estimulado por uma sociedade norteada pela produção capitalista de álcool e tabaco. Nesse contexto, as drogas ilícitas ganham ar de rebeldia e liberdade, o que faz com que a demanda seja crescente entre os jovens. Consequentemente ao aumento da demanda, a oferta, geralmente oriunda dos bairros periféricos das cidades, é amplamente estimulada por possuir a capacidade de gerar lucro fácil e rápido aos cidadãos carentes que veem no tráfico uma oportunidade de ascensão social mais próxima do que as profissões regularmente estabelecidas pelo Estado.

Os Estados — seguindo o modelo proibicionista internacional, que visa combater tanto a oferta quanto a demanda com duras medidas punitivas — acabam criando verdadeiros campos de guerras, em que policiais e exército lutam diariamente contra os traficantes e as milícias organizadas pelo próprio tráfico. O usuário, por sua vez, fica no meio da “guerra”, pois além de ser perseguido pelos policiais e punido pelo Estado, pode acabar assassinado por algum traficante por não pagar alguma dívida contraída com a compra da droga.

Em atenção a esse cenário, a problemática apresentada neste estudo é: Qual é a atual política brasileira de tratamento ao uso e venda de entorpecentes ilícitos? Qual a consequência dessa política para as comunidades carentes dominadas pelo

tráfico? Como hipótese inicial, há a proposição de modelos alternativos ao proibicionismo como forma de amenizar o impacto social gerado por ele.

Portanto, o presente estudo foca nesse contexto social gerado pelas políticas de proibição de drogas ainda presentes no Brasil. Isso porque se tem percebido que o modelo proibicionista acaba acarretando consequências que não são causadas pelo uso dos entorpecentes, mas pela sua proibição. Ou seja, amplifica um problema que em tese seria apenas de caráter orgânico/ medicinal, e cria um cenário violento e prejudicial a toda sociedade.

No primeiro capítulo, será abordado o contexto das legislações brasileiras em relação ao assunto. As principais leis e decretos que, ao longo da história, mostraram como o Estado brasileiro lidou com o controle do uso e venda de substâncias consideradas ilegais. No final, há uma concisa reflexão sobre a Lei 11.343/2006 e as inovações trazidas em seu texto, demonstrando principalmente a diferença de tratamento que a lei proporciona ao usuário e ao traficante.

Após a breve abordagem história da legislação brasileira, o segundo capítulo explorará as consequências sociais da Lei 11.343/2006 e do seu tratamento diferenciado aos usuários e traficantes. O objetivo desse capítulo é demonstrar os efeitos que a política proibicionista causa nas comunidades carentes tomadas pelo tráfico.

No terceiro e último capítulo, será apresentado modelos alternativos ao proibicionismo e os efeitos percebidos pelos Estados que optaram pela implementação deles. Será demonstrado também o cenário atual brasileiro em relação aos possíveis avanços legislativos e judiciários em relação à proibição do uso e venda de drogas ilícitas, principalmente da maconha.

Em suma, o objetivo do estudo é apontar os problemas sociais causados pela ineficiência do modelo proibicionista no controle do tráfico de drogas e propor a reflexão sobre a aplicação de modelos alternativos, como por exemplo, o da descriminalização e o da legalização, como forma de diminuir as consequências causadas pela criminalidade sustentada pelo comércio ilícito de entorpecentes.

1 O USUÁRIO E O TRAFICANTE PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O presente capítulo analisará a “evolução” legislativa brasileira ao combate às drogas, destacando os principais códigos, leis e decretos que trouxeram, em seu texto, inovações ao tema. No final, abordará os principais aspectos da atual Lei de Drogas, dentre eles, o tratamento rigorosamente diferenciado entre usuários e traficantes.

Para tanto, o capítulo 1 está dividido em dois tópicos. O primeiro traz uma breve síntese das legislações brasileiras que, ao longo dos anos, tentaram lidar com um problema tão polêmico e até hoje não solucionado. Percebe-se que, conforme o passar do tempo, o Brasil importou o modelo político repressivo dos países mais influentes do mundo, como por exemplo, os Estados Unidos, aplicando penas mais duras tanto ao usuário quanto ao traficante, e com isso não produzindo qualquer efeito verdadeiramente positivo para a sociedade.

O segundo tópico refere-se à Lei 11.343/2006, que é a Atual Lei de Drogas do Brasil. Nele, se mencionará as principais polêmicas geradas pelas inovações trazidas pela Lei, apontando sua evolução em certos aspectos, bem como sua ratificação em outros. Haverá nesse tópico uma subdivisão em dois importantes pontos, o primeiro irá abordar o atual tratamento dispensado ao usuário de drogas e o segundo indicará o atual tratamento dispensado ao traficante de drogas ilícitas. No final, há ainda um terceiro e último subtópico, o qual tem o fito de propor uma breve reflexão dos adventos da atual Lei de Drogas, concluindo o propósito do primeiro capítulo. Além disso, será de relevante importância para introduzir a concepção do segundo capítulo.

1.1 Breve referência histórica: legislações brasileiras sobre drogas

Primeiramente, é necessário conceder um breve destaque às legislações brasileiras relacionadas ao uso e venda de drogas ilícitas mais relevantes ao longo da história, não apenas como forma de se entender o tratamento do Estado brasileiro à questão, mas também para poder visualizar as experiências obtidas com as políticas passadas.

A preocupação brasileira quanto ao uso e comércio de drogas se inicia nas Ordenações Filipinas de 1603, na qual, em seu título 89 dispunha: “Que ninguém tenha em casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso.”, tal legislação teve vigência até 1830, quando então passou a vigorar o Código Criminal do Império¹. O novo código, por sua vez, não tratou da questão, tendo o Regulamento de 29 de setembro de 185 disciplinado a matéria.²

Em 1890, o Código Penal Republicano determinava como conduta criminosa “expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários”³. Até aqui é importante destacar que não havia qualquer repressão aos usuários, a qual se iniciará apenas após as primeiras Convenções Internacionais de combate às substâncias entorpecentes ilícitas.

O Código Penal Republicano, assim como todas as leis elaboradas até os dias atuais, não teve a eficácia esperada para lidar com a onda da toxicomania que se espalhava pelo país, o que gerou uma série de decretos destinados a combater tal “epidemia”⁴. Dentre tais normas, o Decreto 780 de 1936, modificado pelo Decreto 2.953 de 1938 é considerado o primeiro grande passo na repressão à toxicomania no Brasil.⁵

Outro decreto de suma importância para o desenvolvimento da legislação brasileira no tratamento das drogas é o Decreto-Lei 3.114 de 1941, o qual foi responsável pela instituição da Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, que dentre suas atribuições, tinha a missão de analisar e instituir leis e normas relacionadas aos entorpecentes, consolidando também as demais normas a respeito⁶. Resultante dos estudos da Comissão, surge o Decreto-Lei 891 de 1938, que foi elaborado sob orientação da Convenção de Genebra de 1936, e considerado o marco do ingresso brasileiro no padrão internacional de repressão às drogas, o qual estabelece

¹ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões de descriminalização, 2ªed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997. P.19.

² FILHO, Vicente Greco. Tóxicos, Prevenção – Repressão: comentários à Lei 6.368, de 21-10-1976, acompanhados da legislação vigente e de referência e ementário jurisprudencial. 14ed. São Paulo: Saraiva, 1996. P 39.

³ BRASIL. Decreto Lei nº 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil.

⁴ FILHO, Vicente Greco. Tóxicos, Prevenção – Repressão: comentários à Lei 6.368, de 21-10-1976, acompanhados da legislação vigente e de referência e ementário jurisprudencial. 14ed. São Paulo: Saraiva, 1996. P 39.

⁵ Idem.

⁶ Idem.

punições severas⁷ tanto ao usuário quanto ao traficante por meio de políticas proibicionistas e penas privativas de liberdade⁸. O referido decreto, em seu artigo 33, dispunha que:

Art. 33. Facilitar, instigar por atos ou palavras o uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou, sem as formalidades prescritas nesta lei, vender, ministrar, dar, deter, guardas, transportar, enviar, trocar, sonegar, consumir substâncias compreendidas no artigo 1_ou plantas, cultivar, colher as plantas mencionadas no artigo 2, ou de qualquer modo proporcionar a aquisição, uso ou aplicação destas substâncias.

Penas: 01 a 05 anos de prisão celular e multa de 01 a 05 contos de réis.⁹

O Decreto acima teve seus elementos penais alterados pelo Código Penal de 1940, que em 1942 entra em vigor e disciplina a matéria, tipificando as condutas de “Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou de qualquer maneira entregar ao consumo substância entorpecente”¹⁰. Nota-se que o referido dispositivo revelava grande preocupação em fortificar o controle sobre o uso e venda de drogas ilícitas nas normas codificadas. Ainda é relevante destacar que esse dispositivo sofreu várias alterações em seu texto, dentre elas a introdução da ação de plantar ao tipo do artigo, promovida pela Lei nº 4.451.¹¹

A partir dos anos 60, o crescimento do consumo de drogas sintéticas e da maconha tornou extremamente árduo o exercício de controle das agências estatais de poder. O consumo de tais substâncias deixa de ser apenas nas periferias, e invade as classes econômicas mais privilegiadas. As drogas passaram a caracterizar certo sentido libertário e a integrar movimentos políticos contestatórios, sendo usadas como

⁷ Em alguns países, como por exemplo a China, o cidadão preso por tráfico de drogas pode ser condenado a pena de morte. Durante a realização deste trabalho, o filho do ator Jackie Chan foi preso em Pequim por posse e consumo de maconha. Até o momento, aguarda seu julgamento, podendo pegar de três anos de prisão até a pena máxima do sistema jurídico da China: o fuzilamento.

⁸FILHO, Vicente Greco. Tóxicos, Prevenção – Repressão: comentários à Lei 6.368, de 21-10-1976, acompanhados da legislação vigente e de referência e ementário jurisprudencial. 14ed. São Paulo: Saraiva, 1996. P 39.

⁹ BRASIL. Decreto nº 891, de 25 de novembro de 1938. Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Rio de Janeiro, 1938.

¹⁰ BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940.

¹¹CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões de descriminalização*, 2ªed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997. P.21.

instrumento de protesto¹². Salo de Carvalho (1996) justifica a Convenção Única sobre Estupefacientes ao reflexo imediato dessa realidade:

“ O pânico criado por esse fato solidificará campanhas de ‘Lei e Ordem, que orientarão a produção legislativa norte-americana de combate às drogas e, conseqüentemente, a transnacionalização do controle sobre entorpecentes.”¹³

Com a Convenção única sobre Entorpecentes, promulgada pelo Decreto 54.216/1964, o Brasil aderiu de vez o modelo internacional de combate às drogas ilícitas¹⁴. Nesse momento, o legislador brasileiro, seguindo o exemplo das políticas internacionais, passa a demonstrar uma preocupação governamental em distinguir consumidor e traficante, por meio do discurso prevenção/repressão, sendo prevenção para o usuário e repressão para o traficante, visto que agora grande parte dos usuários era de classe média. Assim, tem-se um discurso jurídico para o traficante, que é taxado de criminoso e um discurso médico para o usuário, que, levando em consideração sua condição social, passa a ser considerado um doente.¹⁵

No entanto, a publicação do Decreto-Lei 385/68 rompeu com o referido discurso duplo sobre as drogas fundamentado pela ideologia da diferenciação, estabelecendo a mesma pena para o usuário e o traficante, mesmo que aquele fosse dependente químico. É evidente que tal mudança causou grande revolta e gerou controvérsias entre os estudiosos. Conforme Ney Fayet de Souza relata:

“O Decreto-Lei n ° 385 abalou a consciência científica e jurídica da Nação, dividindo juristas, médicos, psiquiatras, psicólogos e todos quantos se voltam para o angustiante problema de vertiginosa disseminação do consumo de produtos entorpecentes ”.¹⁶

¹² Idem.

¹³ Idem.

¹⁴ O padrão internacional de repressão às drogas ilícitas, liderado pelos Estados Unidos tem a característica de estabelecer sanções privativas de liberdade para usuários e traficantes. Por meio de medidas militares para combater o tráfico internacional e nacional, institui uma verdadeira “guerra às drogas”.

¹⁵ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões de descriminalização*, 2ªed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997. P.23.

¹⁶ FAYET DE SOUZA, Ney. *Lei Anti-Tóxicos: Reparos e Sugestões para o art.314 do Novo Código Penal*. Estudos Jurídicos (4). São Leopoldo: Unisinos, 1997. P.57.

Após três anos tratando igualmente usuários e traficantes, o Brasil deixou de considerar o usuário dependente como criminoso, voltando a tratá-lo como doente. Tal mudança de tratamento se iniciou na vigência da Lei 5.726 de 1971, a qual demonstrou total sincronia com o cenário internacional quanto às legislações sobre entorpecente¹⁷. No entanto, a mencionada lei pecou por não diferenciar o usuário eventual do traficante. Para Ney Fayet:

“Realmente, a “Lei Anti- Tóxico”[Lei 5.726/71] deixou a desejar porque quando todos esperavam que o tratamento punitivo para o consumidor da droga, que a trouxesse consigo, desaparecesse ou fosse bem menor do que o dispensado ao traficante – apenas para justificar a imposição da medida de segurança-, ambos continuaram a ter idêntico apenamento. E agora, com pena ainda maior: reclusão de 1 (um) a 6 (seis) anos, e multa.”¹⁸

Apesar de ainda conter a ideologia da diferenciação encontrada nas legislações pretéritas, a Lei 5.726/71 inicia o processo de mudança do modelo repressivo, que atingirá seu ápice na Lei 6.368/76, a qual tem o intuito de satisfazer a necessidade de melhorar a política de repressão e propor novas estratégias político-criminais voltadas para a próxima década.¹⁹

A lei 6.368 de 21 de outubro de 1976 é considerada o diploma legal mais completo e avançado sobre a luta contra os tóxicos e dá continuidade em ressaltar a importância da conscientização da sociedade, seguindo orientações preconizadas pela sua sucessora, a Lei 5.726/71²⁰. A nova lei diferenciou as sanções previstas para o usuário que portava drogas para uso pessoal e para o traficante, sendo aquela de 6 meses a 2 anos de detenção e esta de 3 a 15 anos de reclusão.²¹

¹⁷ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões de descriminalização*, 2ªed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997. P.27.

¹⁸FAYET DE SOUZA, Ney. *Lei Anti-Tóxicos: Reparos e Sugestões para o art.314 do Novo Código Penal*. Estudos Jurídicos (4). São Leopoldo: Unisinos, 1997. P.57 apud CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões de descriminalização*, 2ªed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997. P.57.

¹⁹ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões de descriminalização*, 2ªed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997. P.28.

²⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos, Prevenção – Repressão: comentários à Lei 6.368, de 21-10-1976, acompanhados da legislação vigente e de referência e ementário jurisprudencial*. 14ed. São Paulo: Saraiva, 1996. P 47.

²¹ BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de novembro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Brasília, 1976.

Sequencialmente, veio a Lei 10.409/2002, oriunda de um dos diversos projetos apresentados para modificar a lei anterior. No entanto, por apresentar diversas impropriedades ao longo do texto, não foi capaz de substituir sua antecessora, o que fez com que, até 2006, as duas leis vigorassem. Dessa forma, a Lei 6.368/76 continuou a disciplinar os crimes e as penas e a nova lei ficou responsável por disciplinar os demais aspectos relacionados ao uso de entorpecentes.²²

Durante a vigência das duas leis supracitadas, houve várias discussões doutrinárias e jurisprudenciais, o que acabou causando muita confusão e pouco resultado prático para o assunto. Um dos pontos que gerou bastante dúvida foi a imprecisão em se diferenciar o usuário do dependente, muitas vezes destinando o mesmo tratamento para ambos, como era o caso do tratamento compulsório.²³

Em 2006, a lei 11.434/2006, atual Lei de Drogas, revogou as leis até em então vigentes, trazendo diversas novidades harmonizadas com o entendimento moderno, e solucionando as lacunas e ambiguidades presentes em tais diplomas.²⁴

1.2 Lei 11.343 de agosto de 2006 – a atual Lei de drogas.

A atual Lei de Drogas, publicada em 23 de agosto de 2006, é a lei responsável por instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD); prescrever medidas que visem prevenir o uso, gerar atenção e proporcionar a reinserção social dos usuários e dependentes; estabelecer normas para reprimir a produção ilegal e a venda ilícita, bem como definir crimes e determinar outras medidas pertinentes ao combate às drogas.²⁵

A natureza jurídica da referida lei é mista, uma vez que ao longo de seu texto é percebido aspectos administrativos, materiais criminais e também

²² CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões de descriminalização*, 2ªed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997. P.30.

²³ GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P 24.

²⁴ Idem.

²⁵ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 1990. Institui O Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas - Sisnad; Prescreve Medidas Para Prevenção do Uso Indevido, Atenção e Reinserção Social de Usuários e Dependentes de Drogas; Estabelece Normas Para Repressão à Produção Não Autorizada e Ao Tráfico Ilícito de Drogas; Define Crimes e Dá Outras Providências..

processuais. O próprio preâmbulo da lei, indicado no parágrafo acima, demonstra sua variedade de normas.²⁶

Diferentemente das leis anteriores, essa se ocupa mais especificamente com medidas direcionadas à prevenção do uso de drogas, apresentando ainda oportunidades de reinserção social de usuários e dependentes²⁷. Destaca-se também que a atual Lei passou a adotar terminologia diferente. No lugar de substância entorpecente, opta-se por utilizar a palavra droga. Para Sidio Rosa de Mesquita Júnior, a substituição do termo “substâncias entorpecentes” por “droga” não foi adequada, vez que droga é aquele produto manipulado, e a maconha, por exemplo, é uma erva natural que dispensa qualquer processo químico²⁸. Portanto, defende que a melhor terminologia seria “psicotrópico”²⁹, a qual já foi anteriormente utilizada no Decreto nº 79.388/1977.³⁰

Não obstante a discussão quanto ao termo “droga”, essa mudança é de vital importância, visto que, mesmo que cause forte dependência, determinada substância não será considerada ilícita se não tiver sido catalogada em lei ou lista pelo Poder Executivo da União (ANVISA).³¹

Instituído pela Lei atual para atender a nova ideologia da política de drogas, o SISNAD possui duas finalidades, a saber: a prevenção, dirigida pessoalmente ao usuário de drogas, sendo ele dependente ou não; e a repressão, dirigida diretamente aos produtores e traficantes³². Às duas finalidades, a Lei atribuiu igual importância, tanto que, no inciso X do artigo 4º, faz referência expressa a necessidade de harmonia entre ambas:

Art. 4º São princípios do Sisnad:

X – a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de

²⁶ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Comentários à Lei antidrogas: Lei nº 11.343, de 23.8.2006*. São Paulo: Atlas, 2007. P 2.

²⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P 24.

²⁸ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Comentários à Lei antidrogas: Lei nº 11.343, de 23.8.2006*. São Paulo: Atlas, 2007. P 4.

²⁹ Substância psicotrópica é aquela que atua diretamente no cérebro da pessoa, inibindo ou estimulando o comportamento humano.

³⁰ A palavra “psicotrópico” foi empregada no Decreto nº 79.388/1977 em decorrência da sua utilização também na Convenção de Substâncias Psicotrópicas assinada em Viena.

³¹ GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P 26.

³² BRASIL. Decreto nº 5.912, de 27 de setembro de 2006. Regulamenta a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que trata das políticas públicas sobre drogas e da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, e dá outras providências. Brasília, 2006.

droga e de repressão a sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social.³³

O Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas – CONAD é o órgão superior do SISNAD, é o responsável por dar andamento e avaliar o desempenho da política nacional sobre drogas, orientar as atividades do SISNAD por meio de normas e promover a integração de órgão e entidades estatais, municipais e do Distrito Federal ao SISNAD, bem como analisar a gestão de recursos do Fundo Nacional Antidrogas – FUNAD.³⁴

Além da criação do Sisnad, outros pontos que merecem ser destacados da atual Lei de Drogas são: a ideia de instituir uma política preventiva, proporcionando assistência médica e criando mecanismos para reinserção social do dependente; a extinção da pena privativa de liberdade ao usuário; a punição rigorosa ao traficante; distinção clara entre o traficante ocasional do traficante recorrente.³⁵

Instaura-se no Brasil uma nova maneira de lidar com esse assunto tão controverso, e que por anos foi tratado com repressão exacerbada. Antes se lidava com o tema sob uma política penalista repressiva e pouco humanitária, mas com o advento da nova lei percebe-se uma inversão, visto que o legislador demonstra maior preocupação com o aspecto sociológico da questão. No entanto é de se registrar que a política de prevenção, atenção e reinserção contida na Lei é elaborada com premissas que, pelo menos na teoria, diferenciam o “cidadão comum” do ‘cidadão criminoso’, pois tratam o usuário como um doente, afastando o traficante da situação de cidadão, e o rotulando como “inimigo público”.³⁶

1.2.1- O Usuário

O Ponto de maior destaque da Lei, sem dúvidas, é o artigo 28, que extinguiu a aplicação de penas privativas de liberdade para usuário, conforme se tinha

³³ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 1990. Institui O Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas - Sisnad; Prescreve Medidas Para Prevenção do Uso Indevido, Atenção e Reinserção Social de Usuários e Dependentes de Drogas; Estabelece Normas Para Repressão à Produção Não Autorizada e Ao Tráfico Ilícito de Drogas; Define Crimes e Dá Outras Providências.

³⁴ BRASIL. Decreto nº 5.912, de 27 de setembro de 2006. Regulamenta a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que trata das políticas públicas sobre drogas e da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, e dá outras providências. Brasília, 2006.

³⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P 7.

³⁶ BIZOTTO, Alexandre. *Comentários Críticos à Lei de Drogas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, P.4.

na legislação anterior³⁷. Ou seja, o usuário em nenhuma hipótese poderá ser preso, independentemente do entorpecente que está portando, desde que, é claro, não seja em quantidade suficiente para que se caracterize o porte para venda:

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.

(...)³⁸

Há grande divergência doutrinária acerca da natureza jurídica do artigo supracitado. Parte minoritária da doutrina jurídica brasileira, como por exemplo o professor Luiz Flávio Gomes, entende que, em razão da extinção da pena privativa de liberdade ao usuário, houve descriminalização formal, sem contudo haver a legalização, do uso de droga, ou seja, houve a mencionada *abolitio criminis*³⁹. Em outro entendimento, a maior parte da doutrina, com destaque para Cezar Roberto Bitencourt⁴⁰, Fernando Capez⁴¹, Alexandre Bizzotto⁴², Vicente Greco Filho⁴³, Andréia Rodrigues⁴⁴, em acordo com o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal⁴⁵, defende que não ocorreu a descriminalização do uso, mas sim a despenalização, que nada mais é do que a alteração da pena privativa de liberdade por outra pena de natureza distinta, como por exemplo: pena restritiva de direito. A segunda visão, data vênia, é a que parece ser a mais adequada.

³⁷ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 1990. Institui O Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas - Sisnad; Prescreve Medidas Para Prevenção do Uso Indevido, Atenção e Reinserção Social de Usuários e Dependentes de Drogas; Estabelece Normas Para Repressão à Produção Não Autorizada e Ao Tráfico Ilícito de Drogas; Define Crimes e Dá Outras Providências.

³⁸ Idem.

³⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P 9.

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte 1*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006. P 683.

⁴¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*, volume 4. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P 762-763.

⁴² MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Comentários à Lei antidrogas: Lei nº 11.343, de 23.8.2006*. São Paulo: Atlas, 2007. P 34.

⁴³ GRECO FILHO, Vicente. *Lei de drogas: Lei n. 11.343/2006*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 44.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 430105/ RJ. Relator: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 13/02/2007.

A natureza jurídica desse dispositivo é, portanto, de medida despenalizadora mista, visto que se preferiu por sanções alternativas ao invés de penas privativas de liberdade⁴⁶. Mais precisamente, as duas primeiras medidas, presentes no inciso I e II do artigo, são denominadas medidas despenalizadoras típicas ou próprias, uma vez que afastam totalmente a aplicação de uma pena em sentido estrito⁴⁷. Já a terceira é denominada medida despenalizadora atípica ou imprópria, visto que, embora evite a pena privativa de liberdade, impõe ao infrator pena restritiva de direitos.⁴⁸

Destaca-se que a competência para imposição de tais medidas alternativas será do Juizado Especial Criminal, e caberá ao magistrado que avaliar o caso concreto distinguir o traficante do usuário, levando em conta a natureza e o local de apreensão da droga em questão, bem como sua quantidade, e ainda, as características pessoais do agente, como sua conduta social e antecedentes criminais.⁴⁹

Na verdade, o objetivo final do legislador é que o usuário não seja mais considerado um “problema de polícia”, não havendo sequer a possibilidade de sua prisão em flagrante, tampouco da posterior instauração de inquérito policial. Dessa forma, quando o cidadão usuário é abordado pela autoridade policial, ele deve ser encaminhado imediatamente ao Juizado Especial Criminal competente, para que se lavre o termo circunstanciado e sejam realizadas todas as procedências indicadas na Lei 11.343/2006, tais como exames e perícias, e por fim seja o usuário processado e julgado nos termos da Lei 9.099/1995.⁵⁰

Ademais, estabelece as mesmas medidas a quem semeia, cultiva ou colhe substâncias com potencial de causar dependência física ou psíquica, desde que tais ações sejam destinadas ao consumo pessoal do próprio cidadão. Nesse caso, para estabelecer se as drogas se destinavam ao consumo pessoal, também caberá ao magistrado a avaliação do caso concreto, analisando as circunstâncias da apreensão e o perfil do agente.⁵¹

⁴⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Lei de drogas: Lei n. 11.343/2006*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 44.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P 10.

⁵⁰ *Ibidem*. P 9.

⁵¹ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 2006

Em seu último parágrafo, o artigo dispõe ainda que: “O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.” Ou seja, além das sanções alternativas, o dispositivo disponibiliza amparo sanitário aos usuários, de forma que torna inquestionável o tratamento, pelo menos na teoria, assistencialista aos consumidores de substâncias ilícitas.⁵²

Em última análise, o bem jurídico tutelado pelo artigo 28 da Lei 11.343/2006 é a saúde pública⁵³. O objetivo da tipificação das condutas nesse artigo, muito mais do que punir, é oportunizar medidas de reabilitação para os usuários dependentes, e assim acabar com o histórico e errôneo tratamento prisional para aquele que deve ser considerado, no máximo, um doente, mas nunca um criminoso digno de ter sua liberdade suprimida.

1.2.2- O Traficante

Em contrapartida, apesar da inquestionável evolução sociopolítica ao proporcionar tratamento e reinserção social para o usuário, a atual Lei de Drogas ainda coaduna com o entendimento punitivista internacional em relação ao traficante⁵⁴. Após regular o tratamento e atenção dispensadas ao usuário, a Lei rompe com a ideologia que fundamentou a edição de tais artigos para voltar à insistente e comprovadamente ineficaz política punitivista⁵⁵. Em seu artigo 33, tipifica o delito de tráfico da seguinte forma:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

⁵² BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 2006.

⁵³ O bem jurídico protegido no artigo 28 da Lei 11.343/2006 é a saúde pública, e não a tutela da tutela específica da saúde do usuário, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro não pune a autolesão, conforme o Princípio da Lesividade.

⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P 25.

⁵⁵ Conforme se demonstrará no capítulo 2 do presente trabalho.

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.⁵⁶

Na sequência de seus parágrafos, o artigo estabelece as mesmas penas a quem praticar iguais ações do caput em relação ao insumo ou a algum produto químico destinado à elaboração de drogas, a quem cultiva plantas matéria-prima ou que utiliza estabelecimento para a prática do tráfico. Prevê também pena de detenção para quem induz, instiga ou auxilia outrem ao uso de drogas ilícitas. Por fim, contempla uma considerável diminuição da pena e regime impostos ao traficante ocasional, que é aquele indivíduo que não almeja o lucro e geralmente pertence ao círculo social do usuário.⁵⁷

Nesses crimes a jurisprudência entende que não há possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância, mesmo que se trate de quantidade mínima de psicotrópico⁵⁸. A esse respeito, Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito se contrapõem ao entendimento jurisprudencial, defendendo a aplicação do referido Princípio para casos em que haja pequena quantidade⁵⁹. No mesmo sentido, Sídio Rosa de Mesquita Júnior é firme ao se posicionar:

“ Pequenas quantidades, incapazes de ofender a saúde de uma única pessoa, não podem atingir a saúde pública e, portanto, transportá-las, não poderá constituir qualquer crime, salve se elas representarem atos integrantes de única ação fracionada. Não obstante isso, o falso moralismo conduz a ideia de que não é admissível aplicar o princípio da insignificância em matéria de psicotrópicos ilícitos. É unicamente a hipocrisia religiosa e a dominação estadunidense as capazes de impedir o avanço da legislação e da jurisprudência pátrias.”⁶⁰

Em relação às legislações e políticas passadas, a atual política de combate às drogas, através da lei nº 11.343/2006, revela um maior desejo de punição ao traficante por parte do legislador brasileiro, que em meio à intensa onda de criminalidade que perdura no país, não enxergou outra estratégia a não ser determinar

⁵⁶ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 2006.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. *Comentários à Lei antidrogas: Lei nº 11.343, de 23.8.2006*. São Paulo: Atlas, 2007. P 88.

⁵⁹ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. *Nova lei de drogas: comentários à Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P 45.

⁶⁰ MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. *Comentários à Lei antidrogas: Lei nº 11.343, de 23.8.2006*. São Paulo: Atlas, 2007. P 88.

punições mais rigorosas aos traficantes. A pena mínima para o crime de tráfico, que antes era de três anos, foi aumentada para cinco, e, além disso, o artigo 44 da Lei determinou a proibição de fiança, indulto, sursis, graça, anistia, liberdade provisória, penas substitutivas e direito de apelar em liberdade. No entanto, tais proibições foram aos poucos sendo analisadas pelo Poder Judiciário e algumas delas foram devidamente extintas.⁶¹

Não há no texto da Lei referência ao regime inicial, mas o Supremo Tribunal Federal entendeu não haver impedimento legal para a concessão de regime aberto, como assim entendia grande parte da doutrina e dos magistrados, uma vez que o crime de tráfico possui tratamento similar dos crimes hediondos. No reперcutido julgamento do Habeas Corpus 111.840, em que o recorrente buscava a fixação do regime inicial semiaberto para o cumprimento de sua pena, a Suprema Corte concedeu a ordem, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade da vedação de progressão em crimes hediondos, crimes aos quais o crime de tráfico é comparado. Determinou-se, portanto, a possibilidade da fixação do regime semiaberto para o primeiro momento de cumprimento da pena privativa de liberdade de crimes hediondos e comparados.⁶²

No que tange à proibição da substituição de pena de prisão por pena restritiva de direitos elencada no artigo 44 da Lei de Drogas, a Jurisprudência cuidou de admitir tal benefício, antes mesmo do advento da Lei. Dessa forma, apesar da vedação, o magistrado pode, fundamentadamente, conceder a substituição da pena de prisão pela restritiva de direitos, quando houver circunstâncias judiciais favoráveis ao condenado e a substituição atender o exposto no artigo 44 do Código Penal, que é a lei penal fundamental.⁶³

Quanto à liberdade provisória, o Supremo Tribunal Federal, pela sua maioria, julgou inconstitucional a regra que proibia sua concessão. Em julgamento do Habeas Corpus nº 104339, o ora relator Ministro Gilmar Mendes sustentou que a regra

⁶¹ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 1990. Institui O Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas - Sisnad; Prescreve Medidas Para Prevenção do Uso Indevido, Atenção e Reinserção Social de Usuários e Dependentes de Drogas; Estabelece Normas Para Repressão à Produção Não Autorizada e Ao Tráfico Ilícito de Drogas; Define Crimes e Dá Outras Providências.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 111.840/ ES. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento: 14 de fevereiro de 2012.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 120247/ MG. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento: 25 de fevereiro de 2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 118935/ SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento: 26 de novembro de 2013; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 119856 / SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento: 12 de novembro de 2013.

prevista no artigo 44 da Lei de Drogas afrontava a princípios constitucionais, tais como o da presunção de inocência e do devido processo legal. Além disso, o nosso ordenamento jurídico tem que a liberdade é a regra e a prisão é a exceção, portanto e deve ser devidamente fundamentada.⁶⁴

Contrariamente ao posicionamento do relator e da maioria que o acompanhou, o Ministro Luiz Fux e o Ministro Marco Aurélio entenderam que a vedação da liberdade provisória para os crimes arrolados no artigo 33 da Lei de Drogas não atentava contra a Constituição Federal. Fundamentaram ainda que a proibição da liberdade do réu era na verdade uma atitude consciente do legislador constituinte para dar um “basta” no tráfico, que é a principal fonte da criminalidade que impera no Brasil.⁶⁵

Em que pese os argumentos dos Ministros “vencidos”, o artigo 44 da Lei de Drogas estabeleceu um tipo de regime prisional obrigatório, ao tornar a prisão preventiva para os casos de tráfico uma regra, e a eventual liberdade do réu uma exceção. A vedação de liberdade provisória afasta a prerrogativa do magistrado competente em analisar a real necessidade do encarceramento cautelar, de forma que não se antecipe a pena. Portanto, parece mais correto o entendimento da inconstitucionalidade da norma que veda a liberdade provisória para o crime de tráfico.

Outro ponto que gerou bastante polêmica na comunidade jurídica foi o artigo 57 da Lei, o qual inverteu a ordem da audiência, determinando que o primeiro ato seja o interrogatório do acusado. É evidente que tal inversão causou e ainda causa grande revolta nos juristas garantistas brasileiros, tendo em vista que a manifestação antecipada do acusado sem dúvidas prejudica sua defesa, afrontando princípios basilares do processo penal, como o Princípio da Ampla Defesa e o Princípio do Devido Processo Legal. No entanto, prevalece no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a regra do referido artigo foi vontade expressa do

⁶⁴ STF. *Regra que proíbe liberdade provisória a presos por tráfico de drogas é inconstitucional*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207130>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

⁶⁵ Apesar de ser contrário à declaração de inconstitucionalidade da vedação de liberdade provisória, o Ministro Marco Aurélio votou pela concessão da ordem, pois constatou que o réu estava preso há aproximadamente 3 anos, sem condenação definitiva, demonstrando um alarmante excesso de prazo na prisão preventiva.

legislador, portanto deve a lei especial preponderar sobre o rito estabelecido pela regra geral.⁶⁶

Apesar da extrema rigorosidade disposta em seu artigo 44, a Lei de Drogas criou a figura do tráfico privilegiado⁶⁷, que é a redução da pena de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, sem antecedentes criminais e não concorra para atividades criminosas ou integre organizações criminosas⁶⁸. Destaca-se que na redação original do artigo 33, §4º, havia a vedação da conversão da pena privativa de liberdade para a pena restritiva de direitos, porém tal vedação também foi suspensa por Resolução do Senado Federal nº 5º de 2012.⁶⁹

A figura do tráfico privilegiado nada mais é do que a diferenciação entre o “apenas traficante”, que se vale da proibição de certas drogas para obter lucro fácil através de sua venda clandestina, e o traficante criminoso, que é aquele que pertence a facções criminosas e que frequentemente comete outros crimes, que derivam da própria atividade do crime organizado, tais como: formação de quadrilha, homicídio, sequestro, extorsão, etc.

1.2.3 Reflexões sobre a Lei 11.343/2006

Ante a análise da atual Lei de Drogas, é notável que, apesar dos grandes avanços na legislação brasileira, persiste o tradicional discurso de prevenção/repressão. Tal diferenciação é mais uma demonstração da manifestação do Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs no atual ordenamento jurídico, uma vez que consolida o estereótipo do traficante-delinquente como inimigo do Estado e do consumidor-doente digno de atenção médico-sanitária estatal.⁷⁰

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 212.273/ MG. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura Julgamento: 11 de março de 2014 ; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 116713/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski Julgamento: 11 de junho de 2013.

⁶⁷ Discute-se se o tráfico privilegiado é também comparado aos crimes hediondos. Até o momento, vigora no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal que o privilégio não retira o caráter hediondo do tráfico. No entanto, está pendente desde 2012 no Supremo Tribunal Federal o julgamento dessa questão (Processo relacionado: HC 110884).

⁶⁸ BRASIL. Lei número 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 2006

⁶⁹ A vedação da conversão em pena restritiva de direitos já havia sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (HC 97.256/RS).

⁷⁰ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

É positiva a preocupação do legislador brasileiro em afastar o usuário do sistema prisional, que, infelizmente, acaba sendo uma verdadeira fábrica de grandes criminosos. No entanto, quanto mais o Estado marginaliza e determina penas extremamente rigorosas ao traficante, mais ele se distanciará daquele que realmente gostaria de se ver livre do crime organizado, e assim não será eficaz na própria política proposta.

A Lei 11.343/06 procura estabelecer uma grande diferenciação que na verdade, além de não gerar resultados positivos significativos à sociedade em geral, consolida uma grave distorção social no tratamento das drogas. Outrossim, não são raras as situações em que, dependendo da condição social do sujeito em questão, a figura do traficante e do usuário se confundem.⁷¹

Não é objetivo do presente estudo argumentar por maior severidade penal com o usuário ou pela exclusão de toda e qualquer sanção ao agente do tráfico, mas sim analisar a distorção classista acarretada pelas minúcias legais, as quais são forjadas pela própria realidade social, e suas consequências para a sociedade brasileira. Tal análise será objeto do próximo capítulo.

⁷¹ BIZOTTO, Alexandre. *Comentários Críticos à Lei de Drogas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, P 12.

2 CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS DA POLÍTICA BRASILEIRA DE COMBATE ÀS DROGAS

Apesar de trazer consigo diversas inovações positivas - já elencadas no capítulo anterior - ao tratar de forma mais humana o usuário e proporcionar, pelo menos na teoria, meios de reabilitação e socialização para o infrator/consumidor, a atual Lei de Drogas não obteve o sucesso esperado em cenário nacional, uma vez que não solucionou o problema do tráfico de drogas e a violência urbana dele oriunda.

O presente capítulo irá demonstrar as consequências causadas pela demonificação do traficante e pela insistência do Estado brasileiro na política de “guerra às drogas”, se inclinando principalmente para as implicações de tal política na vida dos jovens moradores das comunidades tomadas pelas facções criminosas.

O primeiro tópico destina-se a abordar a Teoria do Direito Penal do Inimigo, idealizada por Gunther Jakobs, apresentando sua percepção e aplicação no cenário brasileiro. Nesse tópico, fala-se principalmente da figura do traficante, que além de ser um dos inimigos primeiramente mencionados por Jakobs, é também considerado um grande inimigo para o Estado brasileiro.

Já o segundo tópico mencionará a teoria das subculturas, citada originalmente por Clifford R. Schaw e Frederic M. Trascher, e posteriormente lapidada por Albert. K. Nesse tópico, apenas a subcultura criminal, que é aquela das facções do tráfico, será discutida.

Por fim, o terceiro e último tópico é aquele que decorrerá sobre o recrutamento de jovens e crianças para o tráfico, abordando como se dá tal aliciamento e o que faz eles escolherem por tal opção de vida.

2.1. O direito penal do inimigo, de Gunther Jakobs

O Direito Penal do Inimigo é uma teoria desenvolvida pelo doutrinador Gunther Jakobs ⁷² em 1985. Através da análise de políticas estatais de combate/controlar da criminalidade, no cenário interno e externo, Jakobs concluiu que o Estado tende a desconsiderar determinados indivíduos como cidadãos detentores de

⁷² Ressalta-se que Gunther Jakobs foi discípulo do jurista e filósofo Hans Welzel, o qual já havia anteriormente mencionado a teoria do direito penal do inimigo, que veio a ser elaborada posteriormente por Jakobs.

plenos direitos. Esses indivíduos são aqueles que não se adequam ao imposto pelo sistema jurídico, e cometem infrações consideradas graves e prejudiciais a toda sociedade. Por sequer gozarem de status social de cidadão, são considerados como um inimigo a ser aniquilado da sociedade, de forma que para isso é aceitável que o próprio Estado opere de forma diferenciada para combatê-los, seja por operações policiais extremas, seja pelo desrespeito a princípios basilares de qualquer ordem social, como por exemplo, o da dignidade da pessoa humana e o da proporcionalidade da sanção.⁷³

No desenvolvimento da teoria, o autor distingue a aplicação da norma em duas linhas: a do Direito Penal do Inimigo e a do Direito Penal do Cidadão. Essas duas facetas da norma, na verdade são lados opostos da mesma moeda, integrando um único contexto jurídico. A primeira é atribuída aos “marginais” que desenvolvem naturalmente ações já tipificadas no ordenamento jurídico, e a segunda àqueles que eventualmente cometam uma conduta isolada e inesperada, os cidadãos.⁷⁴

Para combater o inimigo, o Estado estabelece uma estratégia de prevenção de riscos, além de impor duras sanções àquele, prevendo única e exclusivamente sua efetividade. Nesse sentido, a estratégia não é apenas em relação a punir fatos ocorridos, mas também inibir a considerada ‘tendência delituosa’ do inimigo, punindo qualquer ato preparatório, como medida de segurança antecipada. Quanto ao cidadão, o Estado não deseja combatê-lo, mas apenas compensar seu dano causado à sociedade, de forma que o cidadão só será alvo do Direito Penal quando exteriorizar certa conduta delituosa, que será considerada isolada e remediável, sendo ela correspondida a uma sanção mínima.⁷⁵

Jakobs deixa claro que é normal a sobreposição das duas tendências, de forma que o Estado não necessariamente exclui todas as garantias e direitos permitidos ao cidadão do indivíduo inimigo. Além disso, admite que um cidadão seja desconsiderado como pessoa, passando a ser visto como inimigo, quando reincide exaustivamente em um determinado comportamento tipicamente e socialmente

⁷³ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>. Acesso em: 03/06/2014.

⁷⁴ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010 P 21.

⁷⁵ *Ibidem*. P 37.

reprovável, tais como : crimes contra a dignidade sexual, terrorismo, tráfico de drogas, dentre outras atividade consideradas demasiadamente danosas à sociedade.⁷⁶

Eugênio Raul Zaffaroni, em sua obra “O inimigo no direito penal”, relata que a primeira vez que Jakobs fez referência à expressão “inimigo” foi ao tecer críticas à legislação dos últimos anos. No entanto, após a constatação desse crescente anseio legislativo, o próprio Jakobs passou a defender a legitimação parcial dessa tendência justificando a sua própria amenização. Para Zaffaroni, o tratamento diferenciado aos cidadãos considerados inimigos afronta a própria relação dentre o direito penal e o Estado democrático de direito, vez que nele não se admite a despersonalização de qualquer cidadão, inclusive em tempos de guerra. Dessa forma, a legitimação do “combate” direcionado ao inimigo jamais refletiria um Estado de Direito pleno.⁷⁷

No entanto, há diferença entre aceitar a legitimação do direito penal do inimigo e constatar a sua ocorrência na legislação. Apesar de argumentar contra essa diferenciação de pessoas, Zaffaroni afirma que não se deve ignorar a sua existência dentro do ordenamento jurídico das sociedades. Portanto, apesar de criticar a posição de Jakobs em relação a sua própria teoria, Zaffaroni reconhece o acerto daquele quando utilizou o termo “inimigo”, de forma que provocou um notório debate entre os estudiosos do assunto.⁷⁸

2.1.1 *Inimigos*

A determinação de quais são os inimigos de uma sociedade dependerá das características particulares dessa, ou seja, os inimigos variam de acordo com o contexto, época, governo (e suas políticas públicas) em que a sociedade se encontra. Na teoria de Jakobs, os inimigos são simbolizados principalmente nas figuras dos terroristas, traficantes e imigrantes, visto que são os indivíduos historicamente

⁷⁶ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, *Manuel. Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P 28.

⁷⁷ ZAFFARONI, Raul E. *O inimigo no direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 156.

⁷⁸ *Ibidem*. P. 165-166.

considerados pelos países com maior potencial de influência no mundo, como por exemplo, os Estados Unidos da América.⁷⁹

No início dos anos 70, os Estados Unidos, que por muito tempo teve o comunismo como o inimigo a ser combatido, iniciou políticas públicas de guerra às drogas, como eram denominadas à época, as quais vieram a influenciar grande parte dos países no tratamento do assunto, inclusive o Brasil, até os dias de hoje. Para poder continuar a impor seu poder bélico sobre os países subdesenvolvidos, os Estados Unidos difundiram sua filosofia de repressão, disseminando progressivamente seu discurso político penal e pressionando o mundo a coadunar com tal ideologia através da produção de legislações e políticas semelhantes.⁸⁰

O comércio internacional de entorpecentes passou a ser visto como questão de controle nacional e se passou a atribuir o problema aos países produtores das drogas, e não mais aos seus consumidores. A droga passa a ser um forte inimigo internacional, e os países distinguidos em vítimas e culpados. Dessa forma, legitima-se a intervenção nos países inimigos, bem como é criado um estereótipo criminoso do imigrante latino nos Estados Unidos.⁸¹

A partir disso, ocorreu um aumento significativo de encarceramento, tanto nos Estados Unidos, quanto nos demais países aderentes à política de guerra às drogas. Nesse sentido, Wacquant:

“(...) uma das causas mais importantes da explosão da população carcerária. Em 1995, seis novos condenados para cada 10 eram colocados atrás das grades por portar ou comerciar droga, e a esmagadora maioria dos presos por esse contencioso provinha de bairros pobres afro-americanos.”⁸²

Conforme já exposto no capítulo anterior, O Brasil aderiu integralmente à filosofia internacional de repressão às drogas através do Decreto 54.216, que em 1964 promulgou a Convenção Única sobre Entorpecentes. No entanto a experiência brasileira no que se refere a inimização do traficante merece destaque, considerando as particularidades sociais e históricas do país.

⁷⁹ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁸⁰ DEL OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. P 34.

⁸¹ *Ibidem*. P 58.

⁸² WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. P 95.

2.1.2. *Traficante, o inimigo do Estado brasileiro*

Ao se imaginar o estereótipo de um traficante brasileiro, naturalmente se cria a figura de um indivíduo de pele escura, mal vestido e andando despreziosamente pelas ruas e favelas da cidade. Na moldação desse estereótipo, a mídia tem papel importante ao destacar o traficante do resto da sociedade, passando a imagem de que o comércio de drogas ilícitas ocorre exclusivamente nos locais onde esses indivíduos habitam, ou seja, o tráfico torna-se uma cultura periférica.⁸³

Essa figura, completamente deturpada pelos meios midiáticos, é tida como um sujeito perverso, frio, mercenário e causador de grande temor social, um indivíduo sem família, sem personalidade, sem história, sem memórias ou sentimentos. Ou seja, eles são a personificação do erro, do negativo, do monstro a ser combatido, sendo a favela sua fábrica e habitat natural.⁸⁴

Dessa forma, a repulsa ao traficante e o medo, decorrente do desconhecimento dos reais efeitos das drogas ilícitas, anseiam uma necessidade de se combater e exterminar um inimigo declarado, justificando então, a manutenção da militarização do modelo repressivo em nome da “guerra às drogas” no Brasil.

Mas é de se destacar que o processo de determinação dos inimigos internos brasileiros não é o mesmo dos inimigos externos (traficantes, terroristas e imigrantes) citados teoria de Jakobs. Vera Malaguti Batista menciona as consequências do cenário pós-escravidão brasileiro, e sua influência na identificação dos inimigos brasileiros até os dias atuais:

“O processo de construção da ordem burguesa no Brasil enfrenta o problema da massa de ex-escravos excluída do mercado de trabalho, aperfeiçoando a eficácia das instituições de controle social, baseado no modelo racista e positivista de Cesare Lombroso.”⁸⁵

Após a abolição, quase todos os ex-escravos ficaram excluídos do mercado de trabalho. Apesar de sua liberdade aparente, tornaram-se ociosos e miseráveis, em nada melhores do que sua condição de vida anterior. Assim, em 10 anos

⁸³ BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 1998, p.28.

⁸⁴ BATISTA, Vera Malaguti. *A nomeação do mal*. In: Criminologia e Subjetividade. MENEGAT, Marildo; NERI, Regina (org.). Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2005, p.45.

⁸⁵ BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 1998, p.49.

após a abolição, surgem as primeiras referências ao direito penal para “vadios e vagabundos”. Não é complexo concluir que o estereótipo do inimigo logo se armou para os ex-escravos, que desqualificados pela sua própria condição, eram tratados como marginais, depravados, e sempre suspeitos.⁸⁶

Portanto, o processo de “inimização” no Brasil se deve principalmente pela sua imensa desigualdade social e ao relativamente recente período de escravidão, que faz com que os inimigos primeiramente sejam identificados pela discriminação social e racial. Além disso, as influências político-criminais dos países centrais, determinando o traficante como inimigo global que, conforme se mostrou no capítulo anterior, foi definitivamente incorporada no Brasil após o Decreto 54.216/1964, o qual promulgou a Convenção única sobre Entorpecentes. Dessa forma, o inimigo brasileiro passou a ser o traficante “pobre”, aquele que mora nas regiões periféricas das cidades grandes.

Atualmente, um dos principais desafios da sociedade contemporânea é justamente a repressão ao tráfico, pelo combate a esses inimigos, os quais cada vez mais se militarizam e se renovam, recrutando jovens e crianças que convivem diariamente com a realidade do crime organizado e não veem outro caminho senão participar também dessa verdadeira guerra. Desse modo, cria-se nas comunidades a subcultura das facções, em que se reverenciam os traficantes, os quais se tornam modelos a ser seguidos por serem aqueles que se recusaram a sofrer a pobreza e não aceitaram a condição de miséria a que lhes foi imposta pelo modelo político-econômico do Estado.⁸⁷

2.2 Teoria das subculturas e a subcultura das facções

A Teoria das subculturas, primeiramente mencionada por Clifford R. Schaw e Frederic M. Trasher, e posteriormente trabalhada e ampliada por Albert K. Cohen, estuda a pluralidade de grupos dentro da mesma sociedade⁸⁸. A diversidade

⁸⁶ BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 1998, p.50.

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ Em um de seus estudos acerca da teoria das subculturas, Albert K. Cohen analisa a subcultura dos bandos juvenis, a qual conceitua como sistema de valores e opiniões entre jovens que partilham da mesma estrutura social, ocupando posições similares para com o restante da sociedade. A enorme dificuldade de adaptação aos valores da cultura oficial é solucionada pela integração na subcultura, que sana sua carência pela exclusão social e proporciona soluções satisfatórias para os seus anseios, derivando daí hostilidade e revolta contra as causas da própria exclusão da cultura oficial.

desses grupos forma as chamadas subculturas, que podem ser conceituadas como culturas próprias dentro de uma cultura macro.⁸⁹

A constituição de subculturas é na verdade uma reação de um determinado grupo social que possui em si uma ou mais características próprias e que, mesmo entendendo e aceitando as características da cultura predominante, expressam seus próprios modelos coletivos. Diferentemente das subculturas, as contraculturas são aquelas que possuem como ideologia principal a oposição e desafio ao modelo pré-estabelecido pela cultura oficial.⁹⁰

Nas sociedades complexas atuais é possível a observação de várias subculturas convivendo (des) harmonicamente dia-a-dia. No presente estudo, destaca-se apenas as subculturas criminais, que são originalmente observadas na teoria funcionalista da anomia⁹¹ de Richard. A. Cloward e L.E. Ohlin. Para esses autores, a subcultura criminal é aquela que surge ante a má distribuição de oportunidades de acesso aos meios legítimos, portanto, esboça uma reação de classes minoritárias desprivilegiadas visando sua sobrevivência dentro da sociedade que as possibilita mínimas opções legítimas de agir. Dentro dessas subculturas, o delito não é considerado ser uma atitude contrária aos valores e normas oficiais, mas um meio alternativo de se alcançar as metas sociais.⁹²

Nas palavras de Sérgio Salomão Shecária (2004), a subcultura da delinquência poderia ser resumida como um conjunto de comportamentos desviante das regras estatais que é determinado por uma universidade de crenças, tradições e interações que formam certas particularidades comportamentais de transgressão em situação específicas. Esses comportamentos são inicialmente moldados pelas tradições do ambiente cultural dos infratores, para posteriormente serem incorporados á suas personalidades.⁹³

Em contribuição à teoria das subculturas, Edwin H. Sutherland concluiu que a delinquência é sistemática, ou seja:

⁸⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2013. P 69.

⁹⁰ Ibidem. P 70-71.

⁹¹ A teoria funcionalista se destina ao estudo do vínculo funcional entre um determinado comportamento desviante com o contexto da estrutura social em que ele está inserido.

⁹² BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2013. P 70-71.

⁹³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P 249.

“ (...) é aprendida em associação direta ou indireta com os que já praticaram um comportamento criminoso, e aqueles que aprendem este comportamento criminoso não tem contatos frequentes e estreitos com o comportamento conforme a lei. O fato de que uma pessoa torna-se ou não um criminoso é determinado, em larga medida, pelo grau relativo de frequência e de intensidade de suas relações com os dois tipos de comportamento. Isto pode ser chamado de processo de associação diferencial.”⁹⁴

Dessa forma, para a teoria das subculturas, um jovem criminoso pode ser entendido como reflexo do meio em que está inserido, não necessariamente por decisão própria, mas por interiorizar naturalmente os valores, costumes, códigos e comportamentos próprios de sua comunidade⁹⁵. Nesse sentido, Shecaira ressalta:

Na realidade, em todos os momentos os teóricos da subcultura delinquente não tiveram qualquer interesse em afirmar que explicariam todos os crimes de massas ou mesmo toda criminalidade juvenil. Seria muita presunção se assim quisessem fazê-lo. Propuseram, somente, uma perspectiva tópica de explicação de algumas modalidades de crimes e dentro de determinados contextos bastante específicos.⁹⁶

Em correção à teoria das subculturas, os criminólogos Gresham M. Sykes e David Mtza propuseram a teoria das técnicas de neutralização. Destinada à delinquência juvenil, justifica tal comportamento delituoso pela neutralização dos valores e condutas morais oficialmente considerados. Diferentemente da teoria das subculturas, esta teoria considera que é justamente pela prática das técnicas de neutralização que o jovem adere à vida criminosa, e não apenas pela aprendizagem e convivência com a subcultura criminal, e seus valores e costumes, de sua vizinhança e comunidade.⁹⁷

Dentre os principais tipos de neutralização, os autores destacam: a isenção da própria responsabilidade, pela qual o delinquente se considera conduzido ao crime pelas condições impostas a ele, e não por vontade própria, de forma que ele não vai contra a cultura dominante, mas é obrigado a seguir a subcultura que está inserido; a

⁹⁴ SUTHERLAND Edwin H. *White-Collar Criminality*, in “American Sociological Review”, V, p.1 s. apud BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2013 P 72.

⁹⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P 248 e 249.

⁹⁶ Ibidem. P 250.

⁹⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2013 P 77-81.

negação da ilegalidade da conduta criminosa, em que o delinquente não entende suas ações como tão gravosas, considerando-as apenas como “ilegais, mas normais; a negação de vitimização, em que a pessoa contra quem é cometido o crime não é uma vítima, mas sim alguém que contribuiu para a exclusão e sofrimento desse indivíduo e por isso merece ser punida ou ter algum bem de valor tomado; a condenação dos que condenam, ou seja, a repulsa pelos demais cidadãos corretos e seguidores das normas estatais, e pelas instâncias de controle social, como por exemplo: a polícia, que é corrupta, violenta e preconceituosa; o apelo a instâncias superiores: com esta técnica, há a preferência das normas das subculturas às normas da sociedade em geral, caracterizando fidelidade e solidariedade entre indivíduos pertencentes ao mesmo grupo social/ facção.⁹⁸

À vista disso, os jovens não são coagidos pelos traficantes a entrar para o crime organizado, pois na maioria dos casos são voluntários que acabam seguindo esse caminho por ser a melhor dentre as opções limitadas que a sociedade oferece. A escolha é neutralizada pelos fatores indicados acima e passa a ser a única expectativa de um futuro para eles.⁹⁹

2.3 O recrutamento de jovens para o tráfico

Tema de destaque nos dias atuais, a crescente criminalidade entre os jovens muito se deve ao impacto que o comércio clandestino de drogas ilícitas produz no índice de delinquência juvenil.¹⁰⁰

É de se destacar que esses jovens são aqueles que crescem no ambiente que já é tomado pelo próprio crime organizado, sendo de certa forma natural que eles sigam o caminho a que estão acostumados diariamente. Desde seu nascimento, os jovens convivem cotidianamente com os traficantes, seja na própria família ou em ambientes públicos da comunidade. Assim, é um processo natural a interação dos traficantes com os jovens, que devido a idade são facilmente impressionados pelas

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, P 251-252.

¹⁰⁰ SPOSATO, Karyna Batista . *Criminalização das Drogas e a Delinquência Juvenil*. In: REALE JÚNIOR, Miguel (org.). *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P 201-217.

atividades lucrativas criminosas¹⁰¹. Dentre os principais fatores influenciadores para o envolvimento do jovem com o tráfico, Luke Dowdney destaca:

“Menores razões de esperança, de possibilidade de emprego e de opções para os jovens; Maior aspiração por bens de consumo entre as crianças; Normalização e o domínio crescente do tráfico nas comunidades; Aumento do número de famílias monoparentais na comunidade e a perda dos valores familiares; Surgimento de facções da droga que “aceitam” ativamente a participação de crianças.”¹⁰²

O que superficialmente poderia ser entendido como uma opção voluntária do jovem, deve ser melhor definido como a alternativa mais viável dentre as que são oferecidas a ele. A soma do natural estado de pobreza com a falta de oportunidades para se inserir no mercado lícito de trabalho, junto com a dominante atividade dos traficantes na comunidade tornam quase que natural a inserção dos jovens no crime organizado. Seja para sustentar a família ou apenas por status social e acesso rápido a bens de consumo, o jovem vê no tráfico uma oportunidade que não terá em nenhuma outra atividade.¹⁰³

A idade média de entrada nas facções de traficantes é de 13, 14 anos. Nessa idade, o jovem que mora na favela já passa a ser considerado adulto e responsável pelas suas próprias escolhas. Ou seja, se um menino de 13 anos opta por se envolver com o tráfico, já é responsável pela sua opção e pelas consequências que dela originarem, inclusive sua própria morte.¹⁰⁴

O indivíduo menor de idade, ao fazer parte de uma facção, certamente começará “por baixo”, ou seja, na base dos estamentos de poder da facção, e exercerá funções que não comprometam a organização e que testem a habilidade do jovem para tal atividade. Tradicionalmente, a primeira função confiada a uma criança é a de fogueteiro (também chamado de olheiro), que é aquele responsável por avisar a facção de uma eventual ação policial na comunidade. Demonstrando desenvoltura com a atividade de olheiro, e provando ter as características necessárias para se auto-determinar em qualquer milícia (tais como: compromisso, confiabilidade, obediência, coragem e habilidade com armas), o jovem passará a crescer hierarquicamente na

¹⁰¹ DOWDNEY, Luke. *Crianças do tráfico: um estudo de caso de crianças em violência armada organizada no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: 7Letras, 2003, P 128.

¹⁰² Ibidem. P 124-127.

¹⁰³ Ibidem. P 135-139.

¹⁰⁴ Ibidem. P 128.

facção, tornando-se cada vez mais importante para ela, que passará a ser também sua verdadeira família.¹⁰⁵

O problema da questão é que depois que o jovem entra para uma facção, dificilmente ele sairá dela, ou seja, é fácil entrar, mas é difícil sair. O jovem raramente deixa de pertencer à facção, a não ser que venha a morrer em combate por ela. Há para ele dois futuros, ou crescerá hierarquicamente na facção, ou perderá sua vida lutando por ela, ou seja, ele fará de tudo para sobreviver e ascender socialmente.¹⁰⁶

Portanto, se o tráfico era a melhor opção para o jovem seguir quando entrou para a facção, dificilmente deixará de ser uma vez que ele já faz parte dela. De acordo com a pesquisa apresentada na obra “Crianças do tráfico – Um estudo de caso de crianças em violência armada organizada no Rio de Janeiro”, grande parte dos jovens traficantes não deseja sair do crime organizado, apesar de terem consciência da negatividade de sua escolha. Tal falta de vontade em buscar novas alternativas de vida se dá justamente pela incapacidade de visualizar que tais alternativas sejam possíveis. Essa conclusão se dá ao fato de que a maioria dos jovens entrevistados não consegue explicar como mudar de vida, apesar de afirmarem que é permitido aos integrantes das facções que eles saiam e busquem novos caminhos, desde que não devam nenhum dinheiro ao tráfico.¹⁰⁷

Muitos dos jovens não querem que seus futuros filhos venham a seguir o mesmo caminho. Luke Dowdney, ao entrevistar jovens traficantes assim entendeu:

“Mas o que quase todas as crianças do tráfico tinham em comum era uma visão muito negativa do tráfico como modo de vida. Aqueles que já eram pais insistiram que não deixariam seus filhos se aproximarem do tráfico quando cresceram. Outras crianças e adolescentes entrevistados declararam que se tiverem filhos, no futuro, não queriam que eles se envolvessem com drogas.”

Ou seja, o próprio traficante não quer ver alguém entrando para o mundo do tráfico e vindo a ter uma vida semelhante a sua, o que indica aqui que o traficante também é uma vítima das drogas, ou melhor, da forma com que o país enxerga as drogas. Ora, as políticas de repressão às drogas e ao crime organizado

¹⁰⁵ Ibidem. P 148.

¹⁰⁶ Ibidem. P 220.

¹⁰⁷ Ibidem. P 217, 218.

adotadas pelo Estado brasileiro almejam passar a imagem de que o traficante é o causador do males vivenciados pela sociedade, quando na verdade são eles as maiores vítimas da própria repressão.¹⁰⁸

A Lei 11.343/2006 reiterou uma forma de lidar com as drogas que já é ultrapassada e historicamente ineficaz. O crescente envolvimento do jovem com o tráfico é resultado dessa política repressiva, vez que cria uma verdadeira guerra civil entre Estado, por meio das instituições de controle social, e classes socialmente desfavorecidas, que veem no comércio ilícito um meio de ganhar dinheiro e poder sobreviver à miséria em que vivem. Resultado disso é a criação de um cenário tomado pelo tráfico, em que o jovem é naturalmente levado a continuar o legado dos já exterminados traficantes anteriores a ele. Dentre as possíveis soluções para mudança desse cenário, serão apresentadas no próximo capítulo aquelas que mais se adequariam ao cenário brasileiro.¹⁰⁹

¹⁰⁸ DOWDNEY, Luke. *Crianças do tráfico: um estudo de caso de crianças em violência armada organizada no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: 7Letras, 2003, P 217, 218.

¹⁰⁹ SPOSATO, Karyna Batista . *Criminalização das Drogas e a Delinquência Juvenil*. In: REALE JÚNIOR, Miguel (org.). *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P 201-217.

3 MEDIDAS ALTERNATIVAS À ATUAL POLÍTICA CRIMINAL DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL

Ante a análise da política de drogas adotada no Brasil e as consequências dela oriundas, torna-se necessária a busca por alternativas capazes de proporcionar melhoras ao cenário atual. É verdade que não há no mundo nenhum modelo capaz de acabar de vez com o tráfico e com a violência dele gerada, no entanto, há alguns países que apresentam modelos alternativos ao adotado no Brasil e que, com sua implementação, conseguiram apresentar resultados positivos. Dentre esses países, destaca-se a recente experiência do Uruguai, que após meses de discussão, foi o primeiro país do mundo a legalizar o uso da maconha.

Este último capítulo tem o objetivo de abordar modelos alternativos ao proibicionismo. Para tanto, serão apresentadas três políticas adotadas por alguns países no mundo como forma de coibir os problemas sociais causados pelo modelo tradicional. Ao falar do último modelo, o da legalização, será apresentado de forma sucinta a experiência uruguaia. É importante destacar que o foco será principalmente na legalização da maconha, pois foi a substância entorpecente escolhida para ser legalizada no Uruguai e por ser a que gera maiores discussões nos debates referentes ao tema. O enfoque também se dá pelo trâmite de projetos de lei no Congresso Nacional brasileiro que objetivam a legalização da erva, os quais serão indicados posteriormente.

Ademais, conforme dados da Organização das Nações Unidas, a maconha é a droga ilícita mais consumida e comercializada no mundo, sendo que aproximadamente 80% dos consumidores mundiais a utilizam¹¹⁰. Dessa forma, qualquer permissão quanto ao uso recreativo dessa erva seria capaz de provocar alteração no comércio ilícito nacional e também internacional, e com isso proporcionar dados e resultados que poderiam ser analisados para se permitir o uso de demais entorpecentes. Por último, a maconha, por ser uma substância com baixo grau de lesividade ao organismo humano, é adequada como experiência para legalização, pois a permissão do uso e venda de qualquer substância entorpecente não interfere apenas no tráfico, mas também na saúde dos usuários.

¹¹⁰ BURGIEMAN, D.I. *O fim da guerra: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas*. São Paulo: Leua, 2011. P 11 e 12.

No final, como mencionado acima, será explorado o que tem ocorrido no Brasil em relação a uma possível mudança de modelo político, dando destaque a projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional. Se já se pode esperar uma alteração no nosso tratamento aos entorpecentes e quais são as propostas. Dessa forma, é possível especular se o Brasil seguirá a inovação Uruguaia ou permanecerá aplicando a mesma política atual.

3.1 Modelos alternativos ao modelo internacional proibicionista (despenalização, descriminalização e legalização)

O modelo internacional proibicionista adotado pela maioria dos países mostrou-se ineficaz ao longo dos anos. Isso porque a opção pela política de repressão penal a determinados tipos de drogas não é capaz de controlar o uso, mas apenas combater pequenos e médios traficantes, que são aqueles que encontraram no tráfico uma maneira de se autodeterminar no meio em que vivem.¹¹¹

Em pesquisa realizada em Brasília e no Rio de Janeiro¹¹², constatou-se que mais da metade dos condenados por tráfico de drogas portavam pequenas quantidades e foram presos sem portar armas, ou seja, possivelmente são aqueles jovens mencionados no capítulo anterior, os quais são impulsionados a viver no mundo do crime e acabam presos, quando não mortos em troca de tiros com policiais ou com facções rivais. A mesma pesquisa indica que dentre os presos brasileiros, os condenados pelo crime de tráfico representam a segunda maior causa de encarceramento do país, ficando atrás apenas dos autores de crimes contra o patrimônio. Tal quantidade indica que o modelo repressivo não é capaz de acabar com o tráfico, mas apenas encarcerar os pequenos traficantes, os quais são constantemente renovados nas classes periféricas.¹¹³

Percebendo a falta de efetividade da política proibicionista, alguns países adotaram modelos alternativos para buscar dirimir determinadas situações geradas pela própria proibição, tais como a falta de assistência social aos dependentes, o

¹¹¹ Conforme já exposto no capítulo anterior.

¹¹² BOITEUX, Luciana. *Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas*. Disponível em: <<https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-12-n-94-jun-set-2009/menu-vertical/artigos/artigos.2009-11-30.4551538167>>. Acesso em: 24 set. 2014.

¹¹³ BOITEUX, Luciana, WIECKO, Ela Volkmer de Castilho (Coord.). *Tráfico e Constituição*. Série Pensando o Direito. n. 1/2009. Brasília: Ministério da Justiça, 121 p.

riscos aos usuários em geral e o maior problema, o tráfico¹¹⁴. No entanto, ainda não existe um modelo considerado o mais adequado para todos os países, uma vez que cada país possui características próprias e por isso não existe um modelo único capaz de solucionar os diversos problemas sociais de cada Estado. Dentre os modelos alternativos, as políticas de despenalização, descriminalização e legalização são os mais notáveis.

3.1.1. Despenalização

A despenalização da posse de drogas para consumo pode ser considerada como uma estratégia para amenizar o proibicionismo clássico, sem contudo, confrontá-lo. Isso porque, apesar de manter a conduta do porte como crime, exclui do ordenamento jurídico a aplicação de penas privativas de liberdade para o porte de pequenas quantidades, aplicando sanções penais alternativas. Essa medida visa reduzir o alcance da repressão penal e adotar medidas mais humanitárias aos usuários. Além disso, essa estratégia também atende questões econômicas, tendo em vista o alto custo do encarceramento e a desnecessidade de se privar a liberdade de um usuário de drogas ilícitas.¹¹⁵

Conforme indicado no capítulo 2, o Brasil, para maior parte da doutrina e para o Supremo Tribunal Federal, optou pela despenalização, pois extinguiu a pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, aplicando penas de outras naturezas. No entanto, como já demonstrado, continuou a penalizar o traficante, aplicando medidas ainda mais rígidas do que as adotadas nas legislações passadas. Portanto, a despenalização ocorrida no Brasil foi, na verdade, apenas para uma parcela da sociedade, pois continuou a distinguir aqueles que usam entorpecente daqueles que vendem.¹¹⁶

Dentre as principais críticas ao modelo de despenalização das drogas, há a diferenciação da natureza das sanções aos usuários e traficantes. Há também a preocupação do próprio usuário em relação à quantidade que poderá portar, tendo em vista que, a depender da situação em que é apreendido, leia-se quantidade da substância,

¹¹⁴ RIBEIRO, Maurides de Melo. *Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas*. São Paulo: Saraiva, 2013. P 87 – 89.

¹¹⁵ BOITEUX, Luciana. *Possibilidades e Perspectivas da Descriminalização das Drogas Ilícitas*. 2009. Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/textos>>. Acesso em: 15 set. 2014.

¹¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P 9.

classe social do indivíduo e local da apreensão, poderá ser considerado traficante para o sistema penal. Ou seja, além de continuar estigmatizado pelo sistema penal, sendo sancionado pelas medidas alternativas e registrado no ordenamento jurídico, o usuário ainda corre o risco de ser confundido com traficante e receber sanções desproporcionais.¹¹⁷

Dessa forma, a opção de despenalizar o uso de entorpecentes é considerada uma medida intermediária, devendo evoluir para a estratégia de descriminalização, a qual se dá pela retirada do porte e uso de drogas do rol das condutas ilícitas penais. Por possuir uma maior abrangência e ter como principal pilar uma política constitucional garantista, a descriminalização atende a redução dos efeitos da contenção penal, e, secundariamente, causa notáveis mudanças no tráfico e na criminalidade do país.

3.1.2 A Descriminalização e o modelo português

Diferentemente da despenalização, a descriminalização é um modelo ainda mais distante do proibicionista, pois exclui do rol de crimes determinada conduta que antes era considerada criminosa para o ordenamento jurídico. No entanto, apesar de desconsiderar a conduta criminosa, o fato continua sendo ilícito, podendo o autor da conduta sofrer diversas sanções administrativas e civis.¹¹⁸ Dessa forma, Rogério Rocco explica que:

“Descriminalizada a conduta, as providências serão regidas por regras do Direito Civil e Administrativo. Assim, o cidadão flagrado com uma substância ilícita terá a droga recolhida pelo fiscal ou policial, e só será detido no caso de resistência, por desacato à autoridade ou por outra infração qualquer que venha a cometer contra a autoridade em serviço.”¹¹⁹

Recentemente, em um relatório elaborado para uma reunião em Viena, a Organização das Nações Unidas admitiu pela primeira vez que a descriminalização pode se tornar uma medida capaz de reduzir a população carcerária e reutilizar recursos para disponibilizar tratamentos de reabilitação para os dependentes. Dentre os principais levantamentos apontados no relatório, destaca-se, para fins do presente estudo, o que

¹¹⁷ BOITEUX, Luciana. *Possibilidades e Perspectivas da Descriminalização das Drogas Ilícitas*. 2009. Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/textos>>. Acesso em: 15 set. 2014.

¹¹⁸ Em audiência realizada no dia 19 de dezembro de 2013, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso defendeu a necessidade do debate sobre a descriminalização da maconha.

¹¹⁹ ROCCO, Rogério. *O que é legalização das drogas*. São Paulo: Brasiliense S. A., 1996. P 64.

indica que o tráfico de substâncias ilícitas desencadeou uma onda de violência na América Latina. Além disso, registrou-se que alguns países da América Central apresentam índices de homicídios vinculados ao tráfico de drogas mais elevados que de países que vivem constantemente em guerra.¹²⁰

A política de descriminalização já é adotada em muitos países da Europa, com destaque para Portugal, em que, desde 2001, tem em vigor a lei que descriminaliza todas as substâncias entorpecentes, submetendo os usuários apenas a um controle administrativo¹²¹. Nesse país, o cidadão apreendido com quantidade de entorpecentes equivalentes até dez dias de consumo é encaminhado a uma comissão que avaliará se ele possui perfil de usuário ou traficante. Dentre às sanções a depender da avaliação dessa comissão, o cidadão pode ser multado, condenado a prestar serviços comunitários ou encaminhado para tratamento.

Essa estratégia retirou a o consumo da âmbito penal e o classificou como um ilícito de âmbito administrativo. Assim, ao invés de coibir o uso por meio de punições severas aos usuários, Portugal manteve apenas o comércio das drogas ilegal e sujeito à penas no sentido estrito. Mauride de Melo Ribeiro acrescenta que:

“Esse reenquadramento legal permitiu a implantação de um vasto leque de medidas em áreas como a prevenção e educação, o tratamento e assistência na reinserção social das pessoas que usam drogas, sem estigmatizá-las pela criminalização de sua conduta e, com isso, sem amedrontá-las na eventual busca de auxílio. Por outro lado, os agente, públicos e privados, integrantes dos serviços de atenção que trabalham nessa área deixaram de temer pela segurança jurídica das ações que praticam uma vez que, sob o regime anterior, lhes era frequentemente imputado o delito de auxílio ao uso de drogas.”¹²²

Em 2011, João Goulão¹²³, em entrevista ao Diário de Notícia de Portugal, apontou o sucesso da descriminalização das drogas em Portugal, tanto para os usuários quanto para o próprio sistema judiciário:

¹²⁰ EFE. *ONU sugere descriminalização do consumo de drogas pela primeira vez*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/03/onu-sugere-descriminalizacao-do-consumo-de-drogas-pela-primeira-vez.html>>. Acesso em: 15 set. 2014.

¹²¹ Portugal é o único país do mundo que descriminalizou o uso de todas as substâncias entorpecentes.

¹²² RIBEIRO, Maurides de Melo. *Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas*. São Paulo: Saraiva, 2013. P 105.

¹²³ João Goulão é chefe das agências portuguesa e europeia de combate às drogas

“Hoje temos 40 mil toxicod dependentes em tratamento, em todo o País. É um número recorde de pessoas em tratamento e simboliza uma enorme evolução. Quando comecei nesta área, há 20 anos, o estigma social era tão forte que as pessoas nem davam o seu nome completo aos técnicos. Antes da descriminalização do consumo não tínhamos consumidores de *cannabis* em tratamento. Agora, quando confrontados pelos técnicos das comissões, acabam por perceber que fumar *cannabis* tem consequências para a saúde e aceitam o tratamento. Verificou-se também a redução do consumo de substâncias ilícitas entre os jovens portugueses”.¹²⁴

No entanto, apesar de apresentar resultados positivos em relação à assistência aos usuários/dependentes, a experiência em Portugal não obteve resultados notáveis em relação à diminuição do tráfico. Isso porque a política instaurada continua reprimindo o comércio das substâncias ilícitas, mantendo os comerciantes dessas substâncias na ilegalidade e os combatendo assim como no sistema proibicionista.¹²⁵

Dessa forma, apesar de já ser uma medida avançada em relação ao proibicionismo, a descriminalização não possui real eficácia quando para combater o tráfico. Por ainda conter a característica do Direito Penal do Inimigo, comentada no capítulo anterior, a descriminalização é contraditória ao criar um sistema quase que totalmente liberal para o usuário, mas rigidamente punitivo para o traficante, o qual apenas comercializa uma mercadoria que é autorizada pelo próprio Estado¹²⁶. Rogério Rocco é incisivo ao afirmar que:

“A descriminalização do uso não acarretará mudanças no quadro geral do comércio de drogas. Ela não se propõe a isso. Seu alcance limita-se ao consumo e seus efeitos na sociedade. Para enfrentar o tráfico ilícito de drogas, portanto, é que apresenta a proposta de legalização.”¹²⁷

Conclui-se então que, tanto a descriminalização, quanto a despenalização, são estratégias de flexibilização do sistema repressivo de controle do uso de entorpecentes pouco eficientes quanto ao combate ao comércio clandestino. Por isso, e pela necessidade de se combater o tráfico, o antes distante modelo de legalização

¹²⁴GOULÃO, João. *10 anos após a descriminalização do consumo de droga*. Disponível em: <http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1837101>. Acesso em: 24 set. 2014.

¹²⁵BOITEUX, Luciana. *Possibilidades e Perspectivas da Descriminalização das Drogas Ilícitas*. 2009. Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/textos>>. Acesso em: 15 set. 2014.

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ ROCCO, Rogério. *O que é legalização das drogas*. São Paulo: Brasiliense S. A., 1996. P 73.

passou a ter forças em diversos debates, não apenas em âmbitos nacionais, como também no cenário internacional.

3.1.3 *Legalização e a experiência do Uruguai*

A legalização das drogas é a alternativa mais distante do sistema proibicionista, podendo ser entendida como seu oposto. No entanto, é importante destacar que esse sistema não se confunde com o da total liberalização, uma vez que, apesar de permitir o uso, porte e venda das substâncias entorpecentes, não deixa de implementar medidas de controle e regulamentação, geralmente embasados por verbas da própria venda de tais substâncias.¹²⁸

Não há no mundo nenhum país que legalizou o uso e venda de todas as drogas, por isso torna-se difícil visualizar como seria tal política e quais resultados positivos poderiam ser alcançados com sua implementação. Mas já há certas experiências capazes de colaborar em tal perspectiva, como por exemplo a do Uruguai.

Em 2013, o Uruguai se tornou o primeiro país do mundo a legalizar a maconha, autorizando não apenas seu uso, mas sua produção e venda¹²⁹. Com a vigência da lei, o país assumiu a regulação da distribuição da erva, passando a exercer controle sobre todas as fases do processo, desde o cultivo até a disponibilização aos usuários.¹³⁰

Apesar de liberar o uso, a lei elencou certas condições aos usuários. O cidadão maior de 18 anos que desejar consumir a referida erva deve primeiro se cadastrar como consumidor de uso recreativo ou uso medicinal, podendo adquiri-la em farmácias autorizadas. Além de comprar nas farmácias, os usuários também podem cultivá-la em casa (até seis mudas e/ou colher até 480 gramas por ano), ou podem integrar clubes de cultura com até 45 membros, nos quais será levado em conta o número proporcional de no máximo 99 pés de maconha. Também é permitido aos

¹²⁸ Ibidem. P 71-80.

¹²⁹ BBC. *Uruguai aprova legalização do cultivo e venda da maconha*. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/12/131210_uruguai_aprova_maconha_mm.shtm>. Acesso em: 15 set. 2014.

¹³⁰ Idem.

produtores o cultivo da erva, desde que sejam cadastrados e recebam a autorização do governo.¹³¹

O presidente do Uruguai, José Mujica, foi o principal responsável pela instituição da nova política uruguaia. Desde que assumiu a presidência do país, empreendeu esforços para a legalização da *cannabis*. Ao ser questionado sobre a medida inovadora, afirmou que:

“Queremos tirar o mercado do narcotráfico, queremos tirar-lhes o motivo econômico, queremos que o narcotráfico tenha um competidor forte e não seja o monopolista do mercado. Ao mesmo tempo, tentamos incitar as pessoas a atuarem do ponto de vista médico.”¹³²

Além disso, apontou que o principal objetivo da legalização da maconha era combater as facções do tráfico, as quais eram geradas pela própria política de proibição:

“Se as pessoas continuam no mundo clandestino, não podemos trabalhar, pelo menos trabalhar a tempo, só entramos quando já é muito tarde e quando já cometeram delitos para ter dinheiro e conseguir a droga. Mas temos que ter muito cuidado, porque não é uma legalização como as pessoas supõem no exterior, não vai ter um comércio, os estrangeiros não poderão vir aqui ao Uruguai para comprar maconha. Não vai existir o turismo da maconha. A decisão tomada não tem nada que ver com esse mundo boêmio. Nada que ver.”¹³³

Ou seja, a legalização da maconha não foi uma medida tomada apenas para beneficiar os usuários, mas principalmente para beneficiar a sociedade em geral. O objetivo uruguaio era combater o narcotráfico e todas as mazelas dele resultante.

Após a legalização da maconha, o Estado uruguaio passou a apresentar resultados positivos, apesar do pouco tempo de vigência da nova política. Em audiência pública realizada no Senado Federal, veio ao Brasil o secretário nacional de Drogas do Uruguai, para debater sobre a recente experiência de seu país. Nessa oportunidade, o representante uruguaio afirmou que o governo não havia constatado até

¹³¹ BBC. *Uruguai aprova legalização do cultivo e venda da maconha*. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/12/131210_uruguai_aprova_maconha_mm.shtm>. Acesso em: 15 set. 2014.

¹³² CELESTINO, Helena. *Mujica: 'Aplicamos um princípio simples, reconhecer os fatos* Read more: <http://oglobo.globo.com/mundo/mujica-aplicamos-um-principio-simples-reconhecer-os-fatos-11827657#ixzz3Ek8l7bEJ>. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/mujica-aplicamos-um-principio-simples-reconhecer-os-fatos-11827657#ixzz3DnZ6Z7bN>>. Acesso em: 16 set. 2014.

¹³³ Idem.

então nenhuma morte relacionada com o uso da maconha após a sua legalização. Apontou também que o governo estava efetivamente combatendo o narcotráfico, uma vez que a maconha representava 90% das drogas comercializadas clandestinamente.¹³⁴

Tal constatação ainda não possui tempo suficiente para demonstrar um todas as mudanças causadas pela inovação política, mas já é capaz de indicar que a política de liberação das drogas não acarreta no aumento da criminalidade. Pelo contrário, o que se tem afirmado é justamente a possível melhora, tanto na assistência aos usuários, quanto no combate efetivo ao tráfico.

A referência à experiência uruguaia não tem o intuito de almejar a imediata e exata cópia ao cenário brasileiro, mas propor uma estratégia capaz de ao menos amenizar os problema sociais causados pelo proibicionismo e consequente comércio clandestino de entorpecentes ilícitos. Dessa forma, apresenta-se como uma possível estratégia para redução do tráfico e de suas consequências sociais a legalização das drogas ilícitas.

3.1.4 *Brasil e a possível mudança legislativa*

Embora ainda não se perceba no Brasil avanços materiais em relação à legalização das drogas, já há movimentos no sentido de buscar debater a adoção de modelos mais liberais do que o atual. Como exemplo, o Deputado Federal Jean Wyllys apresentou, em 19 de março de 2014, um projeto de lei que, além de outras propostas, autoriza a produção e venda da maconha no Brasil, bem como o cultivo moderado da planta pelos usuários. Nesse projeto, que possui bastante similaridade com o projeto efetivado no Uruguai, caberia ao governo brasileiro controlar a comercialização da erva.¹³⁵

O referido projeto não é o primeiro a tramitar no Congresso Nacional, sendo antecedido pelo projeto do Deputado Eurico Júnior, o qual também propõe a

¹³⁴ BRASIL, Redação Senado Federal. *Secretário destaca fim do tráfico com legalização do comércio da maconha no Uruguai*. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/06/02/secretario-destaca-fim-do-traffic-com-legalizacao-do-comercio-da-maconha-no-uruguai>>. Acesso em: 22 set. 2014.

¹³⁵ NÉRI, Felipe. *Jean Wyllys propõe legalização da produção e venda de maconha*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/03/jean-wyllys-propoe-legalizacao-da-producao-e-venda-de-maconha.html>>. Acesso em: 22 set. 2014.

legalização da maconha, e tem como principal objetivo a redução do tráfico e dos problemas por ele causados.¹³⁶

Além dos dois projetos, também é de se destacar que o Senador Cristovam Buarque passou a dar maior atenção ao tema e vem participando de diversos debates sobre a legalização da maconha¹³⁷. Inclusive, anunciou no dia 17 de fevereiro de 2014 que seria o relator do projeto de lei de iniciativa popular que aborda a legalização do plantio doméstico e do comércio da maconha.¹³⁸

O apoio quanto à inovação na política brasileira de repressão às drogas não é percebido apenas no poder legislativo. É de se destacar que o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, mostrou-se a favor do debate quanto a descriminalização da maconha, declarando que:

“O foco do meu argumento não é a questão do usuário, não que considere esse foco desimportante. É preciso reduzir o poder que a criminalização dá ao tráfico e aos seus barões nas comunidades mais pobres do país e, especialmente, na minha cidade de origem, o Rio de Janeiro. A criminalização fomenta o submundo, dá poder político e econômico a esses barões do tráfico, que oprimem essas comunidades porque eles conseguem oferecer utilidades e remuneração maiores que o Estado e o setor privado em geral.”¹³⁹

Um fato que ganhou destaque no ano de 2014 foi o de um juiz que absolveu um acusado pelo crime de tráfico. Na sentença, alegou que proibição da droga denota um atraso social e uma política equivocada, pois entende ser incoerente o fato de substâncias psicoativas como o álcool e o tabaco serem amplamente comercializadas e outras não. No entanto, a turma recursal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios reformou a decisão, condenando o réu a uma pena de 2 anos e 11 meses de

¹³⁶ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1231177&filename=PL+7187/2014>. Acesso em: 22 set. 2014

¹³⁷ BUARQUE, Cristovam. *Cristovam pede estudo de viabilidade sobre proposta de legalização da maconha*. Disponível em: <<http://www.cristovam.org.br/portal3/projeto-de-lei.html>>. Acesso em: 22 set. 2014.

¹³⁸ <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116101>. Acesso em 22 set. 2014

¹³⁹ ABREU, Diego. *Debate sobre descriminalização da maconha não cabe no STF, diz ministro*. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2014/02/03/interna_cidadesdf,410874/debate-sobre-descriminalizacao-da-maconha-nao-cabe-no-stf-diz-ministro.shtml>. Acesso em: 22 set. 2014.

detenção, em regime semi-aberto, e 291 dias multa à razão de 1/30 do salário mínimo da época.¹⁴⁰

Tais acontecimentos demonstram que apesar da vigência da Lei 11.343, parte da sociedade brasileira deseja uma mudança na política de repressão às drogas. Esse desejo passou a ganhar maior destaque e representatividade no próprio Estado, através do posicionamento de magistrados, deputados e senadores. Portanto, o Brasil inicia uma possível mudança que poderá trazer grandes alterações na sociedade, e principalmente nas comunidades mais carentes, pois uma vez que o tráfico for efetivamente combatido, essas comunidades sofreram uma transformação que, a princípio poderá ser positiva.

A legalização das drogas certamente não acabará com todos os problemas sociais ligados ao crime organizado, até porque o comércio de drogas ilícitas não compreende 100% dos recursos do tráfico¹⁴¹. No entanto, causará abalo na infraestrutura das organizações criminosas de forma pacífica e diplomática, o que as políticas proibicionistas até o momento não se mostraram capazes de fazer.

¹⁴⁰ MORAIS, Raquel. *Juiz absolve acusado de entrar com droga em presídio: 'cultura atrasada'*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2014/01/juiz-absolve-acusado-de-entrar-com-droga-em-presidio-cultura-atrasada.html>>. Acesso em: 22 set. 2014.

¹⁴¹ ROCCO, Rogério. *O que é legalização das drogas*. São Paulo: Brasiliense S. A., 1996. P 75-80.

CONCLUSÃO

O entendimento de que a proibição não é a melhor solução para lidar com o uso e venda de drogas está cada vez mais presente nos atuais governos. Ao invés de combater o comércio ilegal, a proibição valoriza esse mercado, que se expande anualmente e gera outras atividades criminosas. A grande crise social gerada pela proibição trouxe aos dias atuais a reflexão sobre modelos alternativos capazes de tirar das máfias e grupos armados o poder econômico que o comércio ilegal lhes dá.

No primeiro capítulo, foi analisado o contexto da legislação histórica brasileira em relação ao uso de drogas, de forma que, apesar de sempre ter havido correntes contra a criminalização, é possível perceber uma preocupação majoritária legislativa em harmonizar o tratamento aos usuários e traficantes com a cultura punitivista internacional liderada pelos Estados Unidos. Dessa forma, se consolidou no Brasil uma cultura de “guerra às drogas”.

A atual Lei de Drogas, que entrou em vigor no ano de 2006, apesar de trazer diversas inovações, sendo uma delas a despenalização do uso e a imposição de medidas alternativas à pena privativa de liberdade ao usuário, ainda peca por não conseguir efetivamente reduzir o tráfico de drogas que toma conta das comunidades carentes das cidades brasileiras, uma vez que não modificou o tratamento atribuído ao traficante, ou seja, continuou a manter a venda na ilegalidade e o tráfico como sempre esteve. Assim sendo, as facções do tráfico continuam a se renovar e o comércio ilícito de drogas não é combatido.

A política de despenalização do uso e a criminalização da venda é um mecanismo de controle social que caracteriza o usuário como cidadão dependente e tipifica o traficante como inimigo público, justificando o uso abusivo das forças armadas e a violação aos direitos humanos no combate às drogas.

No segundo capítulo, ao analisar a teoria do Direito Penal do Inimigo de Gunther Jakobs, percebe-se que a distinção de tratamento entre usuários e traficantes presente na atual Lei de Drogas contribui para estimular a subcultura das facções criminosas, em que cidadãos excluídos da coletividade se veem amparados por um grupo específico, no qual poderão interagir e ascender socialmente. Dessa forma, a

própria proibição cria um cenário favorável ao crime organizado, pois as facções sempre são renovadas por jovens que não possuem qualquer perspectiva de alcançar seus anseios pessoais por meios legítimos.

Demonstrada a ineficiência do proibicionismo em combater o tráfico de drogas, passa-se a análise de soluções. No entanto, apesar da proposição de modelos alternativos ao proibicionista no terceiro capítulo, não há nenhum modelo capaz de acabar totalmente com o tráfico e resolver todos os problemas sociais oriundos das atividades criminosas que o cercam. Apesar de que a descriminalização e a despenalização possuem políticas mais coerentes e capazes de evitar certas consequências do proibicionismo, esses modelos não conseguem combater verdadeiramente o comércio ilícito de drogas. A legalização, por sua vez, se mostra a cada dia o modelo existente mais indicado para combater efetivamente o tráfico, pois reduz justamente o poder econômico alcançado pela venda clandestina das drogas aos próprios cidadãos usuários.

Tendo em vista a proposição de modelos alternativos, o Uruguai ganhou destaque internacional por legalizar totalmente o uso e venda da maconha, ou seja, o uso da maconha no Uruguai pode ser medicinal ou apenas recreativo, de forma que a circulação da erva é ampla e administrada pelo governo. Com isso, até o presente momento, a mudança aparenta trazer resultados bastante positivos tanto aos usuários quanto à sociedade uruguaia em geral.

Devido à recente experiência uruguaia, a discussão da legalização das drogas, em especial da maconha, voltou a ganhar forças em alguns países do mundo. Inclusive, no Brasil, em que já havia projetos de lei que propunham essa mudança, o assunto voltou a ser um dos mais abordados por políticos e estudiosos. Com isso, apesar de saber que a legalização é apenas o começo para reduzir as atividades criminosas advindas do tráfico, já se pode esperar grandes mudanças políticas ao redor do mundo, e até mesmo no Brasil.

É verdade que a legalização não é um modelo isento de críticas, mas pode ser o modelo mais indicado à realidade brasileira, uma vez que é um sistema pautado pelo respeito aos direitos humanos do usuário e que não reproduz a política belicista, própria do proibicionismo, de guerra ao traficante-inimigo, mas ao invés disso, é extremamente eficaz ao reduzir significativamente os recursos financeiros das facções

criminosas do tráfico e reduzir sua força nas comunidades carentes, deixando de estimular os jovens de baixa renda a adentrar no mundo do crime.

Dessa forma, o presente estudo aponta que para reduzir os problemas sociais causados pelo tráfico é necessário alterar o modelo proibicionista de controle do uso e venda de drogas. Tal mudança, que já é desejada por parte da população e, inclusive, com representação no Congresso Nacional, pode ser o primeiro passo para criação de uma política de drogas mais adequada à realidade brasileira.

REFERÊNCIAS

ABREU, Diego. *Debate sobre descriminalização da maconha não cabe no STF, diz ministro*. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2014/02/03/interna_cidades_df,410874/debate-sobre-descriminalizacao-da-maconha-nao-cabe-no-stf-diz-ministro.shtml>. Acesso em: 22 set. 2014.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2013.

BATISTA, Vera Malaguti. *A nomeação do mal*. In: *Criminologia e Subjetividade*. MENEGAT, Marildo; NERI, Regina (org.). Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2005.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 1998.

BBC. *Uruguai aprova legalização do cultivo e venda da maconha*. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/12/131210_uruguai_aprova_maconha_mm.shtm>. Acesso em: 15 set. 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte 1*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BIZOTTO, Alexandre. *Comentários Críticos à Lei de Drogas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BOITEUX, Luciana, WIECKO, Ela Volkmer de Castilho (Coord.). *Tráfico e Constituição*. Série Pensando o Direito. n. 1/2009. Brasília: Ministério da Justiça.

BOITEUX, Luciana. *Possibilidades e Perspectivas da Descriminalização das Drogas Ilícitas*. 2009. Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/textos>>. Acesso em: 15 set. 2014.

BOITEUX, Luciana. *Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas*. Disponível em: <<https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-12-n-94-jun-set-2009/menu-vertical/artigos/artigos.2009-11-30.4551538167>>. Acesso em: 24 set. 2014.

BRASIL, Câmara dos Deputados, <http://www.camara.gov.br/proposicoesweb/prop_mostrarintegra?codteor=1231177&filename=pl+7187/2014> .> acesso em: 22 set. 2014.

BRASIL, Redação Senado Federal. *Secretário destaca fim do tráfico com legalização do comércio da maconha no Uruguai*. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/06/02/secretario-destaca-fim-do>>

tráfico-com-legalizacao-do-comercio-da-maconha-no-uruguai>. Acesso em: 22 set. 2014.

BRASIL, Redação Senado Federal. *Secretário destaca fim do tráfico com legalização do comércio da maconha no Uruguai*. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/06/02/secretario-destaca-fim-do-trafico-com-legalizacao-do-comercio-da-maconha-no-uruguai>>. Acesso em: 22 set. 2014.

BRASIL, Senado Federal, http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116101 >. acesso em 22 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regra que proíbe liberdade provisória a presos por tráfico de drogas é inconstitucional*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207130>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940.

BRASIL. Decreto nº 5.912, de 27 de setembro de 2006. Regulamenta a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que trata das políticas públicas sobre drogas e da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, e dá outras providências. Brasília, 2006.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Rio de Janeiro, 1890.

BRASIL. Decreto nº 891, de 25 de novembro de 1938. Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Rio de Janeiro, 1938.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 2006.

BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de novembro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Brasília, 1976.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 212.273/ MG. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura Julgamento: 11 de março de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 118935/ SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento: 26 de novembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 119856 / SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento: 12 de novembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 430105/ RJ. Relator: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 13/02/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 120247/ MG. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento: 25 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 116713/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski Julgamento: 11 de junho de 2013.

BUARQUE, Cristovam. *Cristovam pede estudo de viabilidade sobre proposta de legalização da maconha*. Disponível em: <<http://www.cristovam.org.br/portal3/projeto-de-lei.html>>. Acesso em: 22 set. 2014.

BURGIEMAN, D.I. *O fim da guerra: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas*. São Paulo: Leua, 2011. P 11 e 12.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*, volume 4. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões de descriminalização*, 2ªed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997.

CELESTINO, Helena. *Mujica: 'Aplicamos um princípio simples, reconhecer os fatos* Read more: <http://oglobo.globo.com/mundo/mujica-aplicamos-um-principio-simples-reconhecer-os-fatos-11827657#ixzz3Ek8l7bEJ>. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/mujica-aplicamos-um-principio-simples-reconhecer-os-fatos-11827657#ixzz3DnZ6Z7bN>>. Acesso em: 16 set. 2014.

CIRINO DOS SANTOS. Juarez. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual..* Disponível em <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>. Acesso em: 03/06/2014.

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

DOWDNEY, Luke. *Crianças do tráfico: um estudo de caso de crianças em violência armada organizada no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: 7Letras, 2003.

EFE. *ONU sugere descriminalização do consumo de drogas pela primeira vez*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/03/onu-sugere-descriminalizacao-do-consumo-de-drogas-pela-primeira-vez.html>>. Acesso em: 15 set. 2014.

FAYET DE SOUZA, *Lei Anti-Tóxicos: Reparos e Sugestões para o art.314 do Novo Código Penal*. Estudos Jurídicos (4). São Leopoldo: Unisinos, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOULÃO, João. *10 anos após a descriminalização do consumo de droga*. Disponível em: <http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1837101>. Acesso em: 24 set. 2014.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos, Prevenção – Repressão: comentários à Lei 6.368, de 21-10-1976, acompanhados da legislação vigente e de referência e ementário jurisprudencial*. 14ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. *Lei de drogas: Lei n. 11.343/2006*. São Paulo: Saraiva, 2007.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Comentários à Lei antidrogas: Lei nº 11.343, de 23.8.2006*. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, Raquel. *Juiz absolve acusado de entrar com droga em presídio: 'cultura atrasada'*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2014/01/juiz-absolve-acusado-de-entrar-com-droga-em-presidio-cultura-atrasada.html>>. Acesso em: 22 set. 2014.

NÉRI, Felipe. *Jean Wyllys propõe legalização da produção e venda de maconha*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/03/jean-wyllys-propoe-legalizacao-da-producao-e-venda-de-maconha.html>>. Acesso em: 22 set. 2014.

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

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

ROCCO, Rogério. *O que é legalização das drogas*. São Paulo: Brasiliense S. A., 1996.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SPOSATO, Karyna Batista . *Criminalização das Drogas e a Delinquência Juvenil*. In: REALE JÚNIOR, Miguel (org.). *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Raul E. *O inimigo no direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.