



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

VANESSA VITÓRIA OLIVEIRA

PROIBICIONISMO E POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL: Um estudo sobre a ineficácia da atual política e sua repercussão no sistema penitenciário brasileiro.

**BRASÍLIA
2018**

VANESSA VITÓRIA OLIVEIRA

PROIBICIONISMO E POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL: Um estudo sobre a ineficácia da atual política e sua repercussão no sistema penitenciário brasileiro.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Doutor José Theodoro de Carvalho.

**BRASÍLIA
2018**

VANESSA VITÓRIA OLIVEIRA

PROIBICIONISMO E POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL: Um estudo sobre a ineficácia da atual política e sua repercussão no sistema penitenciário brasileiro.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Brasília, 21 de setembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. José Theodoro de Carvalho

Professor Examinador

Primeiramente a Deus, que me deu o dom da vida e me permitiu chegar até aqui, pois sem Ele nada sou e nada faço. À minha família, que foi o meu apoio e amparo e que durante toda a vida, investiu em mim sem reservas me fortalecendo nos momentos de dificuldades. Em especial à minha mãe, que diante de todas as dificuldades sempre se absteve de si para me proporcionar vivenciar momentos como esse. Ao meu pai, que mesmo não estando mais aqui sempre estará presente em minha vida e foi para mim tamanho exemplo. Aos mestres que tanto me ensinaram durante a graduação, mostrando que a Academia é para vocacionados, que a busca pelo conhecimento precisa ser incessante, que a formação profissional transcende a sala de aula e que os operadores do direito precisam, antes de tudo, buscar a plenitude das garantias dos cidadãos em um Estado que não é apenas democrático, mas democrático de direitos. Aos meus amigos Lucas, Gabriel e Rafael, por tornarem a experiência da faculdade ainda mais transformadora e por terem tornado os dias mais leves no meio da tensão de uma graduação. Por fim, a todos aqueles que assumem a árdua missão de defesa dos direitos humanos em uma sociedade que tão pouco compreende e muito rotula. Em especial à Defensoria Pública da União e seus membros que tanto me inspiraram e me motivaram a continuar na missão de levar conhecimento às pessoas sobre seus direitos e lutar pela garantia deles.

RESUMO

Este trabalho constitui-se em uma pesquisa pautada no impacto gerado pela atual política de drogas no sistema penitenciário. Tem como objetivo analisar a atual política de entorpecentes adotada em nosso país, além da forma como a legislação vem sendo aplicada, por meio de análise jurisprudencial e de pesquisas relacionadas ao tema. Foi realizada uma análise da legislação de drogas como um todo, desde o seu histórico até a aplicação dos dispositivos da atual lei. Diante disso, foi exposta a organização das facções criminosas aliadas ao tráfico, sua estrutura e funcionamento. Outrossim, analisou-se o atual estado do sistema penitenciário brasileiro e de que forma a legislação e criminalização das condutas relacionadas à droga são responsáveis para agravar a atual situação. Analisou-se também a postura das agências de controle e do judiciário frente a prática desses crimes. Por fim, por meio da análise dos fatores encarceradores foi sugerido medidas a serem aplicadas para uma melhor política de drogas, ressaltando os projetos de lei já existentes nesse sentido. A pesquisa foi desenvolvida de forma qualitativa, focando no caráter subjetivo do objeto analisado. Ademais, a pesquisa é globalmente bibliográfica se utilizando ainda de pesquisas de campo.

Palavras-chave: Drogas. Política criminal de entorpecentes. Sistema Penitenciário. Superencarceramento. Alternativas a atual política.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 TRÁFICO DE DROGAS E DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	8
1.1 Conceito de drogas e de outros termos relacionados	8
1.2 Evolução histórica da política de repressão a entorpecentes.....	11
1.3 Ascensão, organização e estrutura do tráfico de drogas no Brasil.....	16
1.4 A Lei 11.343/2006: nova lei de drogas.	22
1.4.1 – Norma penal em branco	22
1.4.2 – Bem jurídico tutelado.....	23
1.4.3 – Princípio da insignificância	24
1.4.4 – Fundamento Constitucional.....	26
1.4.5 – SISNAD	27
1.4.6 – Ressalva quanto ao uso religioso e medicinal.....	27
1.4.7 – Da prevenção e reinserção social dos dependentes	28
1.4.8 – Dos crimes relacionados ao consumo.....	28
1.4.9 – Crimes relacionados ao tráfico	29
1.4 Procedimento penal dos crimes de droga: institutos, investigação e processo.....	38
2 SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	41
2.1 A evolução do sistema prisional	41
2.2 População e superlotação carcerária	46
2.3 A execução penal nos crimes de tráfico de drogas	51
2.4 Cárcere e marginalização social	52
3 SISTEMA PENITENCIÁRIO E POLÍTICA CRIMINAL DE ENTORPECENTES	57
3.1 Seletividade penal, drogas e superencarceramento	57
3.2 Medidas alternativas à atual política	69
3.2.1 – Descriminalização da conduta do usuário	70
3.2.2 – Necessidade de conversão em pena restritiva de direitos nos casos de agente primário.	74
3.2.3 – Ampliação da figura do tráfico privilegiado (art. 33, §4º)	77
3.2.4 – Necessidade de diferenciação das categorias de comerciantes de droga com a consequente atribuição de penas mais proporcionais.....	80
3.2.5 – Possibilidade de suspensão condicional da pena.	82
3.2.6 Regulamentação do comércio	84
3.3 Projetos de Lei em trâmite no Congresso Nacional.	86
CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	91

INTRODUÇÃO

A questão das drogas há muito vem sendo discutida por criminologistas com o fito de auferir as razões sociais e culturais que levam os seres humanos a fazer uso dessas substâncias.

Ademais, o tema veio à pauta recentemente devido ao colapso que o sistema penitenciário sofre hoje, principalmente com os episódios de rebelião ocorridos no início do ano passado.

Além disso, vivemos um constante crescimento do uso de drogas pela juventude brasileira, o que mostra um futuro preocupante caso a atual política permaneça, de maneira que hoje a população carcerária cresce mais do que a população brasileira como um todo.

Segundo os dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça os crimes que envolvem drogas estão disparados no percentual de presos por tipo de crime praticado.

Diante do grave colapso que vive o sistema penitenciário e da repercussão que esse descontrole gera na sociedade, não só em relação as pessoas vinculadas ao sistema, mas também em relação aos índices de criminalidade, mostra-se necessário que discutir os principais vetores ocasionadores dessa situação, em especial da política de drogas que é hoje uma das principais responsáveis pelo surto do sistema.

Diante desse cenário é preciso repensar os aspectos e consequências legais e jurisprudenciais da atual política de drogas e mais do que isso, tratar a questão das drogas como ela é, uma questão que aborda as mazelas mais profundas da sociedade e traz em seu bojo os problemas sociais mais complexos, buscando assim amenizar o impacto no sistema penitenciário e via de consequência na sociedade.

Para tanto o trabalho analisou a atual política de drogas e como ela impacta diretamente no sistema penitenciário.

1 TRÁFICO DE DROGAS E DIREITO PENAL BRASILEIRO

O tráfico de drogas se apresenta como um empreendimento que toma cada vez mais espaço no Brasil e no mundo. Como toda “empresa” o tráfico trabalha com uma mercadoria, essa mercadoria, ou produto, é a alma do negócio conhecida como droga.

A droga vem sendo ostensivamente combatida no Brasil por meio de uma política criminal rígida e uma lei severa no que diz respeito aos “facilitadores” do seu comércio. Contudo, apesar dos esforços do Estado na guerra contra as drogas, ela tem se difundido cada vez mais na sociedade mostrando um quadro de difícil enfrentamento, tendo em vista o complexo e organizado sistema que se instalou no país para o seu comércio.

Nesse sentido, a Lei 11.343 de 2006, vulgarmente conhecida como Lei de Drogas, surge na tentativa de dialogar com o usuário e punir o traficante, a fim de buscar uma alternativa para a problemática das drogas, que apesar da referida lei, cresce cada dia mais, fortalecendo o tráfico.

1.1 Conceito de drogas e de outros termos relacionados

O conceito de droga é hoje extremamente amplo e vago. Além disso, para que se possa conceituar droga é necessário ter um parâmetro como ponto de partida, seja ele sanitário, social, político ou ainda jurídico.

Do ponto de vista sanitário a Organização Mundial da Saúde intitulou droga como sendo “qualquer entidade química ou mistura de entidades (mas outras que não aquelas necessárias para a manutenção da saúde, como por exemplo, água e oxigênio), que alteram a função biológica e possivelmente a sua estrutura”.¹

Assim, do ponto de vista sanitário toda substância que alterasse a função biológica poderia ser considerada droga, como medicamentos e até mesmo alimentos como chás, café, açúcar, etc. Classificando-as de acordo com a ação que estas geram no organismo.

¹ Organização Mundial da Saúde, 1981.

Socialmente, as pessoas costumam classificar como drogas aquilo que o Estado diz que o é, de forma que de maneira social não se constrói um conceito próprio de drogas. A sociedade tende a fazer remissão ao conceito político de drogas.

O conceito de drogas do ponto de vista político por sua vez, depende muito da política de cada governo, dessa forma, como veremos mais adiante, o conceito de drogas do ponto de vista das políticas públicas varia de acordo com o momento histórico vivido, sendo que no Brasil esse conceito já assumiu diversas facetas, e com elas políticas de enfrentamento diversas.²

Por sua vez o conceito jurídico de drogas está adstrito ao que está positivado na lei. Atualmente a Lei 11.343/2006, diploma legal referente às drogas vigente no país, ao tratar do conceito de drogas faz referência a uma lista do Poder Executivo que trata do rol de substâncias que para efeitos legais serão consideradas como drogas:

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se **como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.**³ (grifo nosso)

Trata-se de uma norma penal em branco, ou aberta. Norma penal em branco é aquela que por si só não é suficiente para definir e determinar a conduta criminosa, de forma que é necessário se utilizar de outra fonte normativa para complementar seu sentido. Desse modo sustenta Fernando Capez:

² IERO, Vincenzo. **Crimes e Mercados: Ensaio em Anticriminologia**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 81.

³ 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm> Acesso em: 10 abr. 18

“São normas nas quais o preceito secundário (cominação da pena) está completo, permanecendo indeterminado o seu conteúdo. Trata-se, portanto, de uma norma cuja descrição da conduta está incompleta, necessitando de complementação por outra disposição legal ou regulamentar.”⁴

“Na norma penal em branco heterogênea o complemento provém de fonte formal diversa; a lei é complementada por ato normativo infralegal, como uma portaria ou um decreto.”⁵

Dessa forma o diploma legal que dispõe acerca do sistema nacional de políticas públicas sobre drogas trata-se de uma norma penal em branco heterogênea, sendo necessário que nos recorramos a outro diploma legal, uma portaria, para saber quais substâncias são consideradas drogas para fins dessa lei e conseqüentemente para a definição jurídica do termo.

A saber, a norma que complementa a Lei 11.343/2006, trazendo a lista das substâncias que são determinadas como ilícitas é a Portaria nº 344 de 12 de maio de 1998 da ANVISA, como determina o artigo 66 da referida Lei.

Para a compreensão do trabalho é necessário que saibamos definir não só o termo “droga” como alguns outros que estão vinculados a ele, e que fazem relação à classificação dos efeitos das drogas, a finalidade do uso e do sujeito que faz o uso.

Com relação aos efeitos as drogas podem ser classificadas em estimulantes, depressoras e perturbadoras. Em suma, as estimulantes tornam mais rápido o funcionamento do sistema nervoso central. Ex: nicotina e cafeína; as depressoras diminuem a atividade cerebral. Ex: sedativos e morfina; e as perturbadoras, por sua vez, estão relacionadas com a modificação na forma de funcionamento do sistema nervoso central. Ex: LSD e maconha. Porém, uma droga categorizada de determinada forma pode apresentar efeitos de outra categoria.⁶

Com relação à finalidade do uso podem ser classificadas como medicinais, recreativas e religiosas. O uso medicinal é aquele que possui finalidade

⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal. 19ª edição.** São Paulo. Saraiva, 2015. P. 47.

⁵ Ibid., p. 48.

⁶ ARAUJO, Tarso. **Almanaque das drogas.** São Paulo: Leya, 2012. p. 18

de tratamento de algumas doenças, sendo que no Brasil precisa ser autorizado pela ANVISA; o religioso está atrelado a cerimônias religiosas, podendo inclusive tornar o uso da substância lícita, como no caso da ayahuasca; o recreativo, por sua vez, não visa nem um objetivo religioso e nem medicinal.⁷

E por fim, **com relação ao sujeito que faz uso** de drogas eles podem ser classificados como usuários, dependentes e viciados. Os usuários são aqueles que fazem uso de drogas independente da frequência, a dependência é uma doença que acomete uma fração pequena de usuários e viciado é como comumente se refere aos dependentes químicos.⁸

1.2 Evolução histórica da política de repressão a entorpecentes

As drogas vêm sendo utilizadas pelo ser humano desde a antiguidade como substâncias de alternância de consciência, principalmente com as Grandes Navegações em que o contato com novas culturas levava a utilização de drogas seja de maneira medicinal ou recreativa por meio das especiarias.⁹

Assim, as primeiras guerras de drogas se deram no contexto pelo domínio do seu comércio com a Guerra do Ópio entre Inglaterra e China. Contudo, nesse contexto é possível observar que não se tratava de uma guerra às drogas e sim uma guerra pelas drogas.¹⁰

Com a disseminação dessas substâncias na comunidade europeia, o consumo de drogas começou a ser visto como causa de morbidade e introduziu-se a ideia de que a droga induzia seus usuários à violência.¹¹ Somado a isso, com o

⁷ ARAUJO, Tarso. **Almanaque das drogas**. São Paulo: Leya, 2012. p. 20.

⁸ Ibid., p. 21

⁹ ESCOHOTADO, Antônio. **O livro das drogas: usos e abusos, preconceitos e desafios**. São Paulo: Dynamis editorial, 1997.

¹⁰ PEDRINHA, Roberta Duboc. **Notas sobre a política criminal de drogas no Brasil: Elementos para uma reflexão crítica**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/roberta_duboc_pedrinha.pdf>. Acesso em 17 set. 2017. P. 4.

¹¹ RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos. O direito das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 24

advento da Revolução Industrial tornou-se desfavorável à produção o consumo de entorpecentes, visto que impediam que os trabalhadores exercessem jornadas diárias de 12h por dia.¹²

Assim, por razões econômicas ligadas ao início do capitalismo, iniciou-se o processo de criminalização das drogas.

Em um segundo momento, com advento do final da Guerra Fria e a derrocada do bloco socialista, houve uma queda das barreiras nacionais propiciando o acesso entre mercados e conseqüentemente o aumento da circulação de substâncias alucinógenas. Nesse contexto houve também o aumento da criminalidade transnacional, momento em que os Estados Unidos da América aproveitaram para lançar uma política oportunista e decretaram a guerra às drogas, utilizando do argumento de que seu consumo e produção estariam atrelados a um inimigo externo: os comunistas e a um inimigo interno: negros, mexicanos, imigrantes que disputavam o mercado de trabalho com os americanos oferecendo mão-de-obra mais barata.¹³

As drogas foram combatidas nesse segundo momento, portanto, por uma razão de geopolítica externa e como uma forma de marginalizar a população indesejada pelos americanos.

Já no cenário brasileiro o primeiro diploma legal que tratou da questão das drogas foi uma norma portuguesa, as Ordenações Filipinas de 1603, que estabelecia em seu Livro V, título LXXXIX, “Que ninguém tenha em sua caza rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso”. (sic)¹⁴

A primeira norma evidentemente brasileira sobre o tema foi o Decreto 828, de 29 de setembro de 1851 em um contexto sanitário sob o ponto de vista

¹² RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos. O direito das pessoas que usam drogas.** São Paulo: Saraiva, 2013. p. 24

¹³ PEDRINHA, Roberta Duboc. **Notas sobre a política criminal de drogas no Brasil: Elementos para uma reflexão crítica.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/roberta_duboc_pedrinha.pdf>. Acesso em 17 set. 2017. P.12

¹⁴ **Ordenações Filipinas**, Livro V, Título LXXXIX, 1603. Texto Original.

médico, em que o usuário era visto como um doente, mas que tinha que ser compulsoriamente submetido a tratamento e fiscalizado pelas autoridades sanitárias.¹⁵

Todavia, o primeiro dispositivo legal incriminador das drogas foi o Código Penal Republicano de 1890, que determinava que o tráfico de entorpecentes tratava-se de um crime contra a saúde pública em seu artigo 159.¹⁶

Em seguida, veio o Decreto 4.294, de 6 de julho de 1921 que revogou o artigo 159 do Código Criminal do Império e especificava o termo entorpecente, além disso, por meio do Decreto 14.969 de 3 de setembro de 1921 que o regulamentava, definiu as substâncias venenosas e criou os sanatórios para toxicômanos.¹⁷

Com o aumento do controle internacional das drogas na década de 30 e inúmeras Convenções Internacionais que abordavam o assunto, o Brasil acompanhava as alterações por meio de alternância de decretos.¹⁸ Nas palavras de Nilo Batista:

Essa internacionalização do controle argutamente percebida por Saio de Carvalho – chegara para ficar, e não só caracterizaria todo o período do modelo sanitário como subsistiria, com referenciais distintos, à própria reforma do modelo político-criminal, até porque, como veremos oportunamente o modelo seria reformado de fora pra dentro.¹⁹

Durante a vigência do modelo sanitaria não era considerado crime a conduta do usuário, todavia, foi imposta uma série de medidas como obrigatoriedade de tratamento, internação compulsória e interdição de direitos. Tratava-se de um modelo médico-policial.

¹⁵ BARROS, Walter da Silva. **Tráfico de entorpecentes. O poder paralelo no Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2002. P 6.

¹⁶ Ibid. P. 6

¹⁷ Ibid. P. 6

¹⁸ PEDRINHA, Roberta Duboc. **Notas sobre a política criminal de drogas no Brasil: Elementos para uma reflexão crítica.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/roberta_duboc_pedrinha.pdf>. Acesso em 17 set. 2017.

¹⁹ BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue.** In.: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 80.
[Digite texto]

O funcionamento desse modelo é bem descrito por Roberta Duboc:

Os usuários, dependentes e experimentadores inicialmente não eram criminalizados. Mas estavam submetidos à rigoroso tratamento, que passava pela internação obrigatória (por representação da Autoridade Policial ou do Ministério Público, pautada, nos casos urgentes, em mero laudo de exame, com caráter sumário) ou facultativa (por controle familiar até o quarto grau, com projeções patrimoniais, pelo acautelamento dos bens). Já o hospital que recebesse toxicônomos deveria comunicar fato à Autoridade Sanitária, que comunicaria à Polícia e ao Ministério Público. A droga deveria ser ministrada em doses homeopáticas para os internos, pela diminuição gradativa ou pela privação progressiva. A saída dos internos atrelava-se ao atestado médico de cura, referente à alta concedida pela Autoridade Sanitária, que notificaria a Polícia, para efetivar a vigilância. A alta do paciente assimilava-se a um alvará de soltura e consistia em decisão judicial. O eixo médico-farmacêutico impregnou o modelo legal e imprimiu um caráter científico com a insurgência de um viés moralista.²⁰

Inicialmente o Código Penal de 1940 optou por não criminalizar o consumo de drogas, todavia, após o Estado Novo, foi se formando um eixo moralizante que levou a um terceiro modelo, o bélico. O Brasil entrou em um contexto de golpe militar, e como os militares possuíam o controle de todas as políticas públicas daquela época foi adotado um viés militarista no combate as drogas, em que as drogas passaram a ser vistas como uma arma dos comunistas para destruir o ocidente e as bases morais da civilização cristã²¹, tendo em vista que a droga estava ligada a uma conotação libertária e a movimentos contestatórios.

Nesse momento é possível verificar a influência norte-americana na política de drogas no Brasil, visto que o Brasil abraçou a ideia estadunidense de que as drogas estavam relacionadas aos comunistas.

Assim em 1968 foi emitido o AI-5, considerado o pior Ato Institucional da ditadura, por ser o que atentava de maneira mais forte a democracia, e em seguida o Decreto-lei 385 de 26 de setembro de 1968 que alterou o artigo 281 do Código Penal, aumentando os verbos do tipo e equiparando a conduta do usuário a do traficante.²²

²⁰ PEDRINHA, Roberta Duboc. **Notas sobre a política criminal de drogas no Brasil: Elementos para uma reflexão crítica.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/roberta_duboc_pedrinha.pdf>. Acesso em 17 set. 2017. p. 6.

²¹ MALAGUTI, Vera. **Drogas e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro.** In.: Revista discursos sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Nº. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 238.

²² Op. cit. PEDRINHA. P. 7.

Em seguida entrou em vigor a Lei 5.726 de 1971, ainda seguindo o modelo bélico, a Lei mantinha a equiparação entre usuário e traficante e incentivava a delação entre eles, sendo que em caso de professores e diretores a delação tratava-se de um dever jurídico, de forma que além da condução às autoridades a matrícula escolar desses jovens deveria ser automaticamente cancelada.²³

A Lei 6.368 de 21 de outubro de 1976, apesar de ainda possuir o traço de guerra às drogas característico da corrente bélica, trouxe avanço no sentido de distinguir a conduta do usuário da do traficante, porém manteve ambas as condutas criminalizadas, alterando apenas a gravidade de uma e de outra e conseqüentemente seus preceitos secundários. Trouxe ainda para o âmbito da lei de drogas, institutos como o *sursis* e penas alternativas para a figura do usuário, além de retirar a necessidade de trancamento de matrícula que constava na Lei 5.726/71 e fixar a necessidade de laudo toxicológico, considerada esta última a mais importante inovação da lei.²⁴

Com o advento da Constituição de 1988 o tráfico de drogas foi equiparado a crime hediondo (Art. 5º, XLIII)²⁵, sendo considerado ainda inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, merecendo assim tratamento mais rígido pela persecução penal no Brasil.

Ocorre que apesar da Carta Magna equiparar o tráfico de drogas a crime hediondo à época isso não trouxe nenhuma consequência, visto que ainda não existia um diploma legal que tratasse dos crimes hediondos, o que veio a acontecer em 1990 com a Lei de Crimes Hediondos, Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

A Lei 6.368/76 vigorou até 2006, quando se criou a atual lei de drogas. O legislador entendeu que embora ela tenha vigorado por 30 anos a nova realidade apresentava novos problemas que requeriam novas respostas e entendeu-se por bem substituí-la completamente.

²³ PEDRINHA, Roberta Duboc. **Notas sobre a política criminal de drogas no Brasil: Elementos para uma reflexão crítica**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/roberta_duboc_pedrinha.pdf>. Acesso em 17 set. 2017.P.7.

²⁴ Ibid. P. 8.

²⁵ A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, **o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (grifos nossos)

Nesse meio tempo houve uma tentativa legislativa de aprovação de outra lei para substituir a Lei 6.368/76, porém à época o presidente Fernando Henrique Cardoso vetou a parte material e sancionou somente a parte processual o que acabou por gerar uma insegurança jurídica muito grande, visto que a parte material estava em uma lei e a processual em outra. Por essa razão, entendeu-se por bem editar uma nova lei que substituiria por completo as outras duas.²⁶

A nova lei trouxe dois “recados”: um para o usuário e outro para o traficante. O tratamento da lei para o usuário é de doente, que necessita de tratamento, sendo as sanções para o usuário claramente terapêuticas. Dessa forma, hoje, não existe no ordenamento a possibilidade do usuário responder criminalmente com privação de liberdade.

O recado para o traficante, por sua vez, é o oposto. Se o usuário é uma pessoa considerada dependente e não tem privação de liberdade, o traficante é um criminoso equiparado a hediondo, que o crime é extremamente grave e, portanto, as penas da nova lei são ainda mais severas e as vedações ainda mais rígidas.

Essa, portanto, é a política criminal adotada atualmente pelo legislador.

1.3 Ascensão, organização e estrutura do tráfico de drogas no Brasil.

A venda de drogas é tão antiga quanto o surgimento delas. De forma que, é ilógico pensar na difusão dessas substâncias sem a sua venda. Todavia, como explicitado no item anterior nem sempre o seu comércio foi considerado ilícito. O tráfico surge, portanto, em paralelo com as legislações que proíbem a venda.

Não é viável a descrição das primeiras pessoas que traficaram, sendo impossível especificar precisamente o seu surgimento, pois, apesar de ser possível discriminar as primeiras pessoas que ficaram conhecidas no Brasil por traficar, não é razoável imaginar que somente aquelas pessoas traficavam e muito menos que foram as primeiras a praticar venda ilícita de entorpecentes no país.

Dentre os nomes que ficaram primeiramente conhecidos no país por venda de drogas, tem-se em 1950 um indivíduo conhecido pela alcunha de “Coronel

²⁶ CAPEZ, Fernando. **Nova Lei de Tóxico – Das modificações legais relativas à figura do usuário.** Legislação anterior. 2006. Disponível em < <http://www.oabsp.org.br/noticias/2006/12/07/3962>> Acesso em 18 maio 2018.

Sabino” que era encontrado uma vez por mês no estado de São Paulo e outra no Rio de Janeiro com malas cheias de maconha, advindas de suas plantações no interior de Alagoas.

Outro personagem conhecido, da época do regime militar, era o Delegado Sérgio Fernandes Paranhos Fleury que foi acusado de liderar o Esquadrão da Morte e de fornecer proteção a um traficante chamado José Iglesias. O Esquadrão da morte era um exemplo do poder de corrupção do tráfico sobre agentes da lei.²⁷

Se por um lado é impossível especificar o surgimento do tráfico, por outro, é possível descrever a forma como se deu sua ascensão no Brasil, e como ele tomou a força que tem hoje.²⁸

Na década de 70 no Brasil, formou-se na prisão Cândido Mendes, em Ilha Grande, Rio de Janeiro, um grupo de presos que se reuniram e se organizaram com o intuito de lutar por melhores condições nas cadeias e combater o grupo que dominava a cadeia.²⁹

Esse grupo de presos, considerados de alta periculosidade, à época tiveram contato com presos políticos, que naquele contexto tratavam-se de intelectuais de esquerda que conheciam profundamente os Manuais de Guerrilha de Che Guevara e Fidel Castro.³⁰

Os presos perceberam que para alcançar os objetivos almejados seria necessário que se organizassem a ponto de formar um grupo unido e com uma rígida disciplina, onde fortes punições eram aplicadas para aquele que traísse o grupo. Em geral aplicava-se a pena de morte.

Assim formou-se uma facção que perdura ainda nos dias atuais, a Falange Vermelha, hoje conhecida por Comando Vermelho.

²⁷ RIVAS, Caio. **Ascensão do Tráfico e das Drogas no Brasil**. 2016. Disponível em: <<https://caiorivas.jusbrasil.com.br/artigos/320444306/ascensao-do-traffic-e-das-drogas-no-brasil>> Acesso em: 18 maio 2018.

²⁸ Ibid.

²⁹ CARUSO, Thiago de Brito. **Assaltantes, traficantes e milícias. Teoria e evidência das favelas do Rio de Janeiro**. 2010. Dissertação Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Economia da PUC-Rio. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. P. 15. Disponível em <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0812371_10_cap_03.pdf> Acesso em 18 maio 2018.

³⁰ Ibid. P. 16.

Mais tarde, no final da década de 70, início da década de 80, o Brasil passava de um mero país de trânsito da droga para se tornar um significativo consumidor. Os traficantes internacionais perceberam que como o Brasil era um importante país de rota, o aumento da oferta da droga no país fazia com que o preço abaixasse e conseqüentemente aumentasse o uso por parte dos brasileiros.³¹

Ao mesmo passo, os criminosos do Comando Vermelho começaram a perceber que o roubo já não dava mais tanto lucro, e que a bola da vez era o tráfico de drogas.³²

Assim, o tráfico virou o novo alvo das facções criminosas, em especial do Comando Vermelho, que com suas técnicas de guerrilha, adquiridas com os presos políticos, conseguiu organizar, articular e difundir o tráfico pelas favelas do Rio de Janeiro.

Dessa forma, iniciou-se o período de guerras entre favelas com o intuito de aumentar o mercado da droga e disputar o seu domínio.

Como toda empresa, o tráfico possui uma organização, recursos materiais, recursos humanos e mercadoria, além de uma espécie de regimento que determina as regras de funcionamento.³³

A hierarquia do tráfico se organiza por meio de um sistema piramidal, em que no topo da pirâmide tem-se o chefe do tráfico, popularmente conhecido como o dono do morro. É ele quem dita todas as ordens dentro da organização criminosa³⁴, governando de forma autoritária, semelhante a um déspota.³⁵

³¹ CARUSO, Thiago de Brito. **Assaltantes, traficantes e milícias. Teoria e evidência das favelas do Rio de Janeiro**. 2010. Dissertação Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Economia da PUC-Rio. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. P. 15. Disponível em <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0812371_10_cap_03.pdf> Acesso em 18 maio 2018. P. 16

³² Ibid. P. 16

³³ BARROS, Walter da Silva. **Tráfico de entorpecentes. O poder paralelo no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2002. p. 35-50

³⁴ Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

³⁵ Op. cit. BARROS, 2002. P.35.

Abaixo do chefe tem-se no próximo estamento os integrantes da facção que são de sua extrema confiança, aproveitando de benefícios do poder e diretamente ligados a ele, são considerados o braço-direito do chefe do tráfico.³⁶

No terceiro estamento estão os funcionários, que fazem de fato o caixa da empresa girar, traficantes e usuários. Importa destacar, que esses traficantes de modo geral são extremamente descartáveis frente a extrema facilidade de substituí-los.³⁷

O tráfico de drogas gera um lucro altíssimo, Ziegler dizia inclusive que o tráfico de drogas constitui a atividade comercial mais rendosa no mercado mundial.³⁸

O tráfico dispõe de uma série de recursos materiais que tornam viáveis a sua existência. Dentro dos recursos utilizados pelo tráfico podemos destacar³⁹:

- a) Boca ou boca de fumo: trata-se do local onde é concentrada a venda da droga já embalada, apesar das vendas em sua grande maioria ocorrerem na rua.
- b) Estica: São uma espécie de boca de fumo subsidiária, que em paralelo com outras lojas, funcionaria em horário comercial, enquanto a boca funcionaria 24h por meio de sistemas de plantões.
- c) Barracão: É o local mais precioso para o tráfico em função de estarem alocados ali o produto que gera o lucro, razão pela qual dispõe de complexo sistema de segurança. No barracão ocorre a malhação⁴⁰ da droga e seu empacotamento para a venda. Funciona também como uma espécie de estoque onde ficam alocados todos os materiais utilizados pelo tráfico como: balanças de precisão, papel vegetal, entre outros.

³⁶ BARROS, Walter da Silva. **Tráfico de entorpecentes. O poder paralelo no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2002. P.35.

³⁷ Ibid. p. 35

³⁸ ZIEGLER, Jean. **A Suíça lava mais branco**. Tradução: A Rabaça. Lisboa, Portugal: Inquérito, 1989. p. 25.

³⁹ Op. cit. BARROS 2002, P. 38-40.

⁴⁰ Acrescentar substâncias a droga para aumentar o seu volume para a venda.

- d) Armamento: O poder de fogo de uma facção define o seu poder de controle do tráfico. Atualmente o tráfico dispõe dos mais diversos modelos de armamento.

No que diz respeito aos recursos humanos o tráfico dispõe de uma separação de cargos e funções⁴¹:

- a) Dono do movimento: chefe supremo do tráfico, determina todas as ações do tráfico.
- b) Matuto ou mula: pessoa de confiança que realiza o trânsito da mercadoria e dos recursos para o barracão e para a boca. Não desperta suspeita e recebe por empreitada.
- c) Tesoureiro: pessoa de confiança que possui um grau de instrução considerável e cuida da contabilidade e das transações do tráfico, não está sempre entre os traficantes e não existem valores definidos para sua remuneração.
- d) Chefe de segurança: pessoa de alta confiança com conhecimento de armamentos que coordena a segurança do chefe do morro. Em geral uma figura extremamente violenta sendo um dos mais influentes no tráfico. Também não possui valor de salário definido.
- e) Gerente de endolação: Faz parte do segundo estamento do tráfico, entre os que compõem o alto escalão coordenando a endolação⁴² da droga. Recebe por comissão. Pode receber parte em entorpecentes.
- f) Gerente de vendas: abaixo do gerente de endolação, mas ainda pertencente ao alto escalão. Coordena traficantes na venda da droga, recebe por comissão. Também pode optar por receber uma parte em entorpecentes. Importante destacar que esse cargo pode ser desmembrado em vários para casos em que cada um gerencia drogas de determinados valores.

⁴¹ BARROS, Walter da Silva. **Tráfico de entorpecentes. O poder paralelo no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2002.P.41-45.

⁴² Separação, preparo, pesagem e embalagem da droga para venda no varejo.

- g) Soldado: Iniciante no tráfico. Está sempre armado nos plantões e protege contra policiais ou inimigos. Toma a linha de frente sustentando o tiroteio até que a droga seja transportada. Recebe semanalmente.
- h) Vapor: Escolhido entre os soldados para vender drogas aos usuários. Recebe por comissão.
- i) Endolador: é um vapor mais experiente responsável por malhar e embalar a droga para a venda. Recebe semanalmente.
- j) Olheiro ou fogueteiro: Alertam quando os policiais ou inimigos chegam. Em regra são menores de idade. Tem alta rotatividade. Recebem um valor fixo semanalmente, e em dias de plantão recebem comida e droga.
- k) Avião: usuário que vende para outro usuário, em geral fora da favela. Não está vinculado ao tráfico e em regra faz para sustentar o próprio vício, tendo em vista que recebe uma comissão paga pelo próprio comprador e não pelo tráfico.

A mercadoria do tráfico de entorpecentes é a droga.

Como toda empresa, o tráfico trabalha com a Lei da oferta e da procura, de forma que o produto mais procurado, ou seja, aquele que tem maior interesse por partes dos consumidores será aquele que mais será ofertado e terá mais quantidade disponível no mercado.

É possível notar que o tráfico é extremamente organizado e complexo, além de possuir uma estrutura de fornecimento de mercadoria, material e pessoas com recursos infindáveis, razão pela qual é extremamente difícil o seu combate.

Todavia, essa estrutura só se mostra possível devido ao fato de possuírem regras rígidas, das quais os seus descumpridores recebem castigos severos como espancamentos e morte.

Entre as suas principais regras estão à proibição de delatar uns aos outros, não subestimar a polícia e nem os inimigos, conhecidos muitas vezes como “alemãos”, respeitar a comunidade (inclusive a maioria das facções possuem regras

que proíbem roubos, estupros e homicídios não autorizados dentro da favela), união e lealdade ao grupo, entre outros.⁴³

Assim, seguindo fielmente às regras estabelecidas o tráfico tem conseguido se manter e aumentar o seu poder mesmo diante das baixas que sofrem, tendo em vista a facilidade de se substituírem pessoas dentro desse esquema criado por eles.

1.4 A Lei 11.343/2006: nova lei de drogas

A Lei 11.343/2006, antes de ser sancionada, passou por diversas alterações nas duas casas legislativas, além de diversos vetos presidenciais. Decorrente dessas diversas alterações desconexas realizadas no projeto de lei, a nova lei de drogas nasceu com diversos pontos falhos, que não se tratam apenas de meros erros formais, e por diversas vezes tratam de pontos relevantes da lei do qual surgem diversas divergências e contradições na interpretação da lei e aplicação de seus institutos.⁴⁴

1.4.1 – Norma penal em branco

Como dito anteriormente, a lei de drogas trata-se de uma norma penal em branco. O parágrafo único do art. 1º da lei prevê a hipótese de um complemento misto para a lei, visto que traz a possibilidade do complemento estar em uma outra lei ou em uma portaria:

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, **assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.**⁴⁵ (grifos nossos)

⁴³ ZALUAR, Alba. **Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas**. Rio de Janeiro-RJ. Editora FGV. 2004. P. 341-348.

⁴⁴ MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. **Lei de drogas. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Comentada artigo por artigo**. São Paulo: Editora Método 2013. p. 19-20.

⁴⁵ 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm> Acesso em: 10 abr. 18

A opção pelo ato administrativo traz mais flexibilidade frente a diferença entre o processo para edição e aprovação de uma lei e de uma portaria, onde o segundo é extremamente mais simplificado. Assim optou-se por utilizar listas atualizadas pelo Executivo para facilitar a alteração do rol em caso de surgimento de novas drogas.

O parágrafo único diz ainda que para a substância ser considerada droga para fins da lei é necessário que elas sejam capazes de causar dependência. Todavia, ao julgar o HC 86.215/RJ, o STJ entendeu de forma diversa.

No referido *Habeas Corpus* médicos estavam sendo acusados de tráfico de entorpecentes por prescreverem substâncias que estavam listadas na portaria da ANVISA como ilícitas. Em sede de defesa, os médicos alegaram que a ação penal carecia de justa causa⁴⁶ tendo em vista que apesar de estarem listadas no rol de substâncias ilícitas, as mesmas não eram capazes de causar dependência física ou psíquica.

Na ocasião o STJ entendeu que não é preciso necessariamente que a substância cause dependência física ou psíquica, bastando a sua previsão no rol das substâncias ilícitas. Esse entendimento, entretanto, é claramente contrário à letra da lei (art. 1º, parágrafo único) e contra a vontade do legislador já que o próprio legislador deixa bem claro na exposição de motivos da lei que não existem palavras inúteis nos dispositivos.

1.4.2 – Bem jurídico tutelado

O bem jurídico tutelado pela lei de drogas é a saúde pública coletiva. Apesar da saúde pública individual está de certa forma envolvida, o objetivo da lei é proteger a saúde coletiva, visto que o indivíduo tem a liberdade para dispor da sua saúde individual.

⁴⁶ Justa causa para a ação penal é a necessidade de estarem presentes provas de materialidade e indícios de autoria.

Assim, caso um traficante seja preso em flagrante após vender droga para 5 pessoas, por exemplo, ele responderá por uma única conduta de tráfico de drogas, pelo fato da lei se dignar a tratar da saúde coletiva. Caso a lei tutelasse a saúde individual esse mesmo indivíduo deveria responder por 5 condutas de tráfico de drogas em concurso, que diria respeito a saúde de cada pessoa para qual ele vendeu o entorpecente.

Tendo em vista que a lei tutela a saúde coletiva, muitos se questionavam a respeito do fundamento para a criminalização da conduta do usuário? Em princípio, a criminalização do usuário seria possível, ainda que com o bem jurídico da saúde coletiva, pois a sua conduta possui o potencial de difundir a droga.

1.4.3 – Princípio da insignificância

Existe uma discussão na doutrina e na jurisprudência a respeito da possibilidade da aplicação do princípio da insignificância nos crimes de droga. Esta questão deve ser trabalhada sobre o âmbito do traficante e do usuário.

A tendência da jurisprudência é a da impossibilidade de se aplicar o princípio da insignificância em relação ao traficante:

“A jurisprudência deste Superior Tribunal considera que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e uso de substância entorpecente, pois se trata de crimes de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de droga apreendida.” (STJ, AgRg em Resp nº 1647314, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ªT, DJe 15/05/2017)

“É da jurisprudência do Supremo Tribunal que não se aplica o princípio da insignificância ao delito de tráfico de drogas: precedentes.” (STF, HC 88820, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, 1ªT, DJ 19/12/2006).

Em geral, quando se trata de um indivíduo com tendência a prática do tráfico, a jurisprudência, em regra, se mostra mais resistente a aplicação do princípio, mas não se trata de uma posição absoluta.

Quanto ao usuário, há uma grande discussão. Defendia-se a possibilidade de aplicar o princípio, todavia, uma corrente nova defende que não se aplica o princípio da insignificância em relação ao usuário tendo em vista que a pena para o usuário tem caráter educativo (existe aqui uma analogia com relação a inaplicabilidade desse princípio nos atos infracionais cometidos por menores). Assim

[Digite texto]

entende-se que o usuário não estaria sendo punido e sim educado. Porém, mais uma vez não se tem uma unanimidade na doutrina e na jurisprudência.

Existem diversos julgados em sentidos diferentes que demonstram essa divergência:

“Prevalece nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que afigura-se inaplicável o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, pois trata-se de crime de perigo presumido ou abstrato, onde mesmo a pequena quantidade de droga revela risco social relevante” (STJ, HC 195.985/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ªT., DJe 18/06/2015).⁴⁷

“Independentemente da quantidade de drogas apreendidas, não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de porte de substância entorpecente para consumo próprio e de tráfico de drogas, sob pena de se ter a própria revogação, contra legem, da norma penal incriminadora. Precedentes. O objeto jurídico tutelado pela norma do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 é a saúde pública, e não apenas a do usuário, visto que a sua conduta atinge não apenas a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes” (STJ, RHC 37.094/MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ªT. DJe 17/11/2014).⁴⁸

“Volume de maconha ínfimo, que não permite sequer a confecção de um ‘fininho’, o fato assume contornos de crime de bagatela” (TJ-RS, AC 686048489, Rel. Nelson Luiz Púperi, RJTJRS 121/122).⁴⁹

“O princípio da insignificância não incide apenas nos delitos materiais ou de resultado, mas também nos delitos de perigo ou de mera conduta, inclusive naqueles em que o bem jurídico atingido é difuso ou coletivo. Dessa forma, em tese, é possível a aplicação deste princípio aos crimes de drogas” (TJ-RS, AC 70031081110, Rel. Des. Odone Sanguiné, DJ 18/08/2009).⁵⁰

“Posse para uso próprio de ínfima quantidade de maconha (0,450g) é fato insignificante, por ausente perigo à saúde pública. Criminalidade de bagatela admitida. Absolvição proclamada” (TJ-RS, AC 70014495311, Rel. Des. Luís Gonzaga da Silva Moura, DJ 17/07/2007).⁵¹

Assim, a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de droga é um posicionamento que ainda não se consolidou em nossos tribunais.

⁴⁷ GRECCO, Rogério. **Curso de direito Penal. Parte Geral. Volume 1.** Niterói, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2016. p. 117.

⁴⁸ Ibid, p. 117.

⁴⁹ Ibid. p. 117

⁵⁰ Ibid. p. 117

⁵¹ Ibid. p 117

1.4.4 – Fundamento Constitucional

Além de equiparar o tráfico de drogas a crime hediondo e considerar como inafiançável e insuscetíveis de graça ou anistia (art. 5º, XLIII), a Constituição admitiu a extradição do brasileiro naturalizado quando este estiver envolvido com tráfico ilícito de drogas (art. 5º, LI).

A Carta Magna, dispôs ainda sobre a possibilidade de confisco das propriedades que tenham envolvimento com o cultivo de plantas psicotrópicas, de forma que essas propriedades serão imediatamente confiscadas e destinadas ao assentamento de colonos para o cultivo de alimentos e medicamentos. Em regra, ela será utilizada para a reforma agrária.

Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal, entendeu que a propriedade será desapropriada ainda que seja um locatário e não o proprietário das terras que estivesse cultivando a droga, tendo em vista que o proprietário tem o dever de fiscalizar o bom uso dessa propriedade. Assim, caso ocorra *error in vigilando*, essa propriedade será desapropriada sem nenhuma indenização ao proprietário. Porém, nesse caso essa propriedade só será expropriada se ficar provado que ele não exercia nenhuma fiscalização. Por outro lado, se ficar demonstrado que ele não incorreu em culpa nem *in vigilando*⁵², nem *in elegendo*⁵³, mas por razões de força maior não tomou conhecimento ele poderá afastar a expropriação.⁵⁴

Porém, no caso do proprietário ter sua propriedade expropriada por ter incorrido em um desses dois erros ele não será criminalmente responsabilizado, tendo em vista que a responsabilidade no âmbito penal é sempre subjetiva.

Além disso não importa se a propriedade é utilizada parcialmente para o cultivo da droga, essa propriedade será expropriada integralmente, segundo o Supremo Tribunal Federal.

⁵² Falta de atenção com procedimento de outra pessoa.

⁵³ Má escolha aquela a quem se confia a prática de um ato.

⁵⁴ **Recurso Extraordinário 635336**, com repercussão geral reconhecida.

É preciso ressaltar ainda que no cultivo para uso próprio não há punição administrativa de expropriação.

Com relação os bens de valor econômicos que forem apreendidos em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes estes serão revertidos em benefício de instituições e pessoal especializado no tratamento e recuperação de dependentes.

1.4.5 – SISNAD

A Lei 11.343/2006 trouxe ainda o Sistema Nacional Antidrogas, atualmente denominado de Sistema Nacional de políticas Públicas sobre Drogas que tem por objetivo principal a repressão ao uso, tráfico e produção ilegal de entorpecentes além de exercer atividades de tratamento, recuperação e reinserção social de pessoas dependentes.⁵⁵

1.4.6 – Ressalva quanto ao uso religioso e medicinal

Como dito nos tópicos anteriores, o uso religioso das substâncias entorpecentes pode ser uma forma de tornar lícito o uso dessas substâncias, como no caso dos seguidores de Santo Daime no uso do chá de ayahuasca.

Isso ocorre devido ao fato do Brasil ser membro da Convenção de Viena sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, e plantas de uso estritamente ritualístico-religioso que determina, em suma, que no que diz respeito as substâncias psicotrópicas que são tradicionalmente utilizadas por pequenos grupos em rituais mágicos ou religiosos, os Estados membros poderão formular reservas em relação a tais plantas.

Assim, a Lei 11.343/2006 em seu art. 2º traz a hipótese do uso e cultivo de plantas psicotrópicas para uso ritualístico-religioso.

Nesse mesmo artigo o legislador traz a possibilidade da utilização dessas plantas para uso medicinal e científico.

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas. Volume 1.** Rio de Janeiro: Editora Forense: 2016. p. 306-307.

É preciso esclarecer que em todos esses casos é necessária autorização legal ou regulamentar, sendo necessário observar inclusive a fiscalização.

1.4.7 – Da prevenção e reinserção social dos dependentes

A lei prevê ainda em seu Título III, Capítulo I, uma série de diretrizes e princípios para as atividades de prevenção ao uso indevido de drogas.

Além disso, visualizando a possibilidade de usuários de drogas estarem presos ou submetido à medida de segurança em relação a outros crimes (visto que em relação ao crime de uso não existe pena privativa de liberdade), a lei garante a possibilidade de atendimento de saúde também a esses usuários, como forma de evitar o agravamento de suas situações e até mesmo para coibir a dissipação da droga no presídio.

Ressalta-se que de acordo com o artigo 183 da Lei de Execuções Penais, em caso do usuário se tornar um dependente ele pode ter sua pena convertida em medida de segurança.

Ocorre que essa medida se mostra totalmente desfavorável, tendo em vista as condições insalubres e de falta de estruturas necessárias que se encontram os nossos sanatórios prisionais. Dessa forma, a medida de segurança hoje é vista com maus olhos pelos operadores do direito, porque apesar de em sua origem buscar dar um maior apoio ao interno que possui algum tipo de insanidade mental, o quadro atual é que o descaso com essas instituições torna mais penoso ao doente cumprir medida de segurança do que pena privativa de liberdade.

1.4.8 – Dos crimes relacionados ao consumo

Apesar do usuário não responder hoje com pena privativa de liberdade, a conduta ainda é típica, de forma que usar drogas ainda é considerado crime só não é um crime punível com cadeia.

A corrente que dizia haver uma descriminalização não prosperou, tendo em vista que o STF decidiu em sentido contrário, dizendo que o que houve foi uma

descarcerização e não uma descriminalização da conduta. Ou seja, o que não se tem é um encarceramento.⁵⁶

O uso é uma das únicas hipóteses, que autoriza o juiz a aplicar de imediato uma pena substitutiva.

Para ser considerado crime de uso, tipificado no artigo 28 da lei, a droga tem que ser exclusiva para consumo próprio.

Segue o rito sumaríssimo da Lei 9099/1995, salvo se houver concurso com crime mais grave. Nessas condições, haverá audiência preliminar e será oferecida a transação penal. Cumpridos os termos da transação, extingue-se a pena e o indivíduo continua primário.

As penas aplicadas poderão ter prazo máximo de 5 meses e em caso de reincidência, terão prazo máximo de 10 meses (importante que estamos falando em penas como prestação de serviços à comunidade, e nunca de prisão).

Mesmo que descumpra as medidas educativas, não poderá ser preso. Para isso, se tem as medidas do §6º. Ainda há a possibilidade de se adequar a multa à condição do usuário, sendo no mínimo de 40 dias multa e máximo de 100 dias multa, atribuindo o valor de um trinta avos até três vezes o valor do salário mínimo – art. 29.

Importante ressaltar ainda que segundo o §1º incorrerão nas mesmas medidas quem semear cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de pequena quantidade dessas substâncias **para consumo pessoal**.

1.4.9 – Crimes relacionados ao tráfico

Primeiramente, insta esclarecer que não existe um crime específico chamado de tráfico de drogas, o que existem são diversas condutas correspondentes ao tráfico.

⁵⁶ DORNELLES, Marcelo Lemos. **A natureza jurídica da punição do usuário de drogas no Brasil. Descriminalização, despenalização ou descarcerização?** Revista do Ministério Público do RSnº 7016. Indd. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325185570.pdf> Acesso em: 02 set 2018.

Assim, diferente do que a maioria da população acredita traficar drogas não se restringe a conduta de vender drogas. A lei traz uma série de condutas que são consideradas tráfico de drogas. São elas: 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.

Além dessas condutas, prevista no caput do artigo 33, a lei traz ainda condutas equiparadas ao tráfico, como se verá adiante.

a) Tráfico de drogas – Caput 33

A pena foi aumentada em relação à lei anterior.

Traficante é quem tem o elemento subjetivo íntimo da mercancia, da destinação da droga a terceiros, como explicado anteriormente não necessariamente apenas por meio de venda.⁵⁷

É um tipo penal de conteúdo múltiplo ou variado. Possui vários verbos, vários núcleos. É uma técnica legislativa que visa reduzir ao máximo a possibilidade de uma tentativa. É como se cada conduta fosse transcendente da outra.⁵⁸

A maioria dessas condutas tem caráter permanente, o que implica uma constante flagrância.

É importante esclarecer que a conduta do verbo “adquirir” precisar ser adquirir com o intuito de passar para frente, revender e não adquirir para consumo próprio.

Uma parte da doutrina sustenta que o flagrante preparado seria possível em casos de o agente “ter guardado” a droga. Ou seja, a compra fictícia da droga

⁵⁷ SAMPAIO, Artur Livônio Tavares. **Seletividade no combate as drogas: lei 11.343/2006**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=9430>. Acesso em: 02 set 2018

⁵⁸ GONÇALVES, Marcelo Santin. **Comentários à Lei de Drogas - Lei 11 343/06**. Conteúdo Jurídico. Brasília, 14 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31729&seo=1>>. Acesso em: 04 set. 2018.

não serviria para o flagrante (visto que configuraria crime impossível), mas apenas o fato de o agente “ter guardado” já se enquadraria em um verbo relacionado ao tráfico de forma que perde relevância a indução para venda.⁵⁹

b) Condutas equiparadas ao tráfico - §1º do 33:

Se são equiparadas ao tráfico, também são equiparadas aos crimes hediondos.

São três condutas equiparadas ao tráfico. Na lei anterior, eram cinco condutas.

Duas dessas condutas não são mais consideradas equiparadas ao tráfico. Uma delas que é o induzimento, instigação e auxílio que continua sendo crime, mas passou a ser uma conduta autônoma e não é mais equiparada ao tráfico. A segunda conduta é a que trata da apologia. Já era pacífico na jurisprudência que se tratava de uma conduta atípica por ser inconstitucional, visto que se trata da liberdade de expressão do indivíduo, por essa razão na nova lei esse crime não veio tipificado por saber o legislador que seria inócuo, vez que se trata de uma inconstitucionalidade.

Na apologia eu não posso determinar quem é a minha vítima, na instigação e induzimento eu posso discriminar a vítima e inclusive, é preciso até mesmo que a pessoa de fato faça o consumo para que seja considerado crime. Essa questão foi discutida na ADPF da marcha da maconha (ADPF 187).

A primeira conduta equiparada seria então quem pratica os verbos do tráfico, mas não em relação a droga e sim em relação a matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, enquadrados no art. §1º, I, da nova lei, que serão apreciados pelo perito. Ex: maconha é ao mesmo tempo a droga e a matéria-prima; já na cocaína, sua matéria prima é a folha de coca (a folha de coca não é a droga). Essa é a diferença desta figura equiparada para o caput do art. 33 da nova lei.

Nesse aspecto, a lei antiga falava apenas em matéria-prima. Já a lei nova, traz o insumo e o produto químico destinado à preparação de drogas, pois

⁵⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 815-816

antigamente não se punia quem era flagrado nesta conduta, por mais que estivesse havendo um real auxílio ao tráfico. Essa mudança produz interessantes efeitos.⁶⁰

A segunda conduta trata-se de quem semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas. Aqui, não há diferença em relação à lei anterior. No Brasil, aplica-se mais à maconha. Nesse caso, não há plantio, cultivo para uso pessoal, em pequena quantidade, como na figura do art. 28, §1º.⁶¹

A última conduta diz respeito a quem utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas. Hoje só responde por conduta equiparada ao tráfico se fornecer o bem para que seja feito o tráfico. Antes até para uso indevido, respondia por conduta equiparada ao tráfico, esta conduta, com a nova lei, passou a ser aquela de induzir, instigar ou auxiliar o uso indevido de drogas, nos termos do §2º do art. 33.⁶²

c) Induzimento, instigação e auxílio ao uso – art. 33 §2º

Induzir é fazer surgir a ideia, instigar é reforçar a ideia e auxiliar é uma ajuda material.

Na antiga Lei tratava-se de crime material, ou seja, a pessoa tinha que efetivamente fazer o uso da droga. Na atual legislação a expressão “a usar” foi

⁶⁰ BRASIL. **Lei 6.368**, de 21 de outubro 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6368.htm> Acesso em: 02 set 2018.

⁶¹ BRASIL. **Lei 6.368**, de 21 de outubro 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6368.htm> Acesso em: 02 set 2018.

⁶² Nucci, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas** – 5ª Edição ver. Atual. e ampl. – São Paulo – Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

substituída por “ao uso” razão pela qual alguns doutrinadores sustentam que passou a ser crime formal enquanto outros, utilizando o entendimento do art. 31 do CP para crimes de induzimento, instigação e auxílio que diz que o crime não é punível se não chegar pelo menos a ser tentado, sustentam que permanece sendo crime material.

63

A diferença da apologia para o induzimento, instigação e auxílio é que a primeira figura não é direcionada para determinada pessoa. Já o induzimento e instigação, tem-se uma pessoa determinada que foi influenciada pela conduta do agente.

d) Oferecimento eventual ao consumo de drogas – art. 33 §3º

O art. 28 somente será aplicado àquele que fuma sozinho, pois se o agente for pego usando drogas com outras pessoas, será enquadrado neste tipo penal, que é uma figura de menor potencial ofensivo.

e) Tráfico Privilegiado – art. 33 §4º

Essa expressão não está no texto literal da lei, tendo sido criada pela jurisprudência.

Traz uma diminuição de pena que se aplica ao traficante eventual.

Esse benefício, porém, só é aplicado ao agente primário, sendo que aqui não se trata de uma reincidência específica, não sendo preciso, portanto, que seja reincidente em tráfico. Caso o indivíduo seja reincidente em razão de qualquer outro crime estará impedida a aplicação do benefício.

Além disso os requisitos previstos no dispositivo são cumulativos.

63 SILVA, César Dario Mariano. **Lei de Drogas Comentada**. 2ª edição. São Paulo. 2016. P. 98

Era vedada a conversão de penas privativas de liberdade em restritivas de direitos, mas o STF, em controle de constitucionalidade, declarou inconstitucional essa vedação, pois fere o princípio da individualização da pena.⁶⁴

Mesmo que tenha sido condenado antes da entrada em vigor desse dispositivo, com trânsito em julgado, ainda assim o juiz poderá aplicar a lei benéfica ao réu. A lei retroage para beneficiá-lo. Neste caso, o juiz responsável por aplicar essa lei não será o juiz da execução penal como determina a súmula 611 do STF⁶⁵, porque essa súmula só se aplica quando o juiz não precise adentrar em questões probatórias. Aplicaria a súmula somente se fosse para aumentar o reduzir a pena através de cálculos aritméticos. Se o juiz da execução penal aplicasse a lei mais benéfica, ele estaria suprimindo instâncias. Nesse caso, a defesa deverá entrar com uma revisão criminal no Tribunal.

O tráfico privilegiado não é considerado crime equiparado ao hediondo. Essa é uma posição pacífica na jurisprudência.⁶⁶

Além do mais, apesar da lei falar em “possibilidade” de redução de pena em caso de tráfico privilegiado, uma vez preenchido os requisitos, nasce para o réu um verdadeiro direito público subjetivo de gozar do benefício.

f) Aparelhos maquinários e instrumentos para fabricação de drogas – art.

34

Nesse caso o indivíduo não trafica a droga, nem a matéria prima ou substância, mas é proprietário do barracão (e nesse caso o barracão só poderá ser para fabricação e não para o depósito, do contrário estará incurso em um dos verbos do art. 33).

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 97256 . Brasília, 01 de setembro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998> > Acesso em 02 set 2018.

⁶⁵ **Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal:** “Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.”

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 118.533. Brasília, 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998> > Acesso em 02 set 2018.

Este é um tipo penal subsidiário (soldado de reserva). Por esta razão, ele será absorvido pelo art. 33 se o agente cometer o tráfico de drogas. A importância do art. 34 se mostra nas situações em que não se acha a droga no “barracão”, mas os aparelhos destinados à fabricação de drogas são encontrados. Jamais haverá concurso entre o art. 33 e o 34. É crime hediondo segundo a corrente majoritária.⁶⁷

g) Associação para o tráfico – art. 35

A associação estará formada quando da junção de duas ou mais pessoas para praticar, reiteradamente ou não, os crimes previstos no art. 33, caput e §1º e art. 34 da lei antidrogas. É uma associação *sui generis*, pois é diferente das demais (Na associação criminosa do art. 288 do Código Penal, requer-se a presença de 3 ou mais pessoas). A pena é de 3 a 10. Prevalece sobre o art. 8º da lei dos crimes hediondos que determina pena para a associação para o tráfico de 3 a 6 anos. Isso ocorre porque lei antidrogas é mais recente e específica.

Apesar de parte da doutrina entender que se trata de um crime hediondo, na visão do STF e do STJ não é:

"Esse delito não está entre os especificados na Lei nº 8.072/90, art. 2º, caput." (STF, HC 79.998-1-RJ, 2ª Turma, Relator Ministro Nelson Jobim RT 782/524)" (grifos nossos)

"O crime de associação para o tráfico de entorpecentes não é equiparado a hediondo, uma vez que tal delito tem tipificação própria e é autônomo em relação ao de tráfico de entorpecentes." (STJ, HC 14.321-RJ, 5ª Turma, Relator Ministro Félix Fisher, RT 790/577)" (grifos nossos)

h) Financiamento – art. 36

É a pena mais grave da lei antidrogas, seja a de liberdade ou a de multa – 6 a 20 anos e pagamento de 1500 a 4000 dias-multa. O problema é que esse financiamento seria uma espécie de associação para o tráfico, mas por uma leve diferença ainda é possível separar as duas condutas. O art. 36 exige só o suporte financeiro, sem o agente ter contato direto com a droga.

⁶⁷ SILVA, César Dario Mariano. **Lei de Drogas Comentada**. 2ª edição. São Paulo. 2016. P. 113.

O grande erro está no parágrafo único do art. 35 que diz que a prática reiterada do art. 36 incorreria nas penas do caput do art. 35, o que gera confusão a respeito da aplicação da pena, visto que ambas disciplinam a mesma conduta, todavia, o parágrafo único do artigo 35 fala em prática reiterada, mas aplica uma pena menor. Veja:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.⁶⁸ (grifos nossos)

Seguindo a lógica desse dispositivo, quanto mais financiasse, menor a pena. Aparentemente, a melhor solução seria revogar o art. 35, parágrafo único, porque segundo os princípios do direito penal, deve-se aplicar a situação mais favorável ao réu, assim, da forma como se está agora, em caso de conduta reiterada a pena seria menor do que aquele que financiou apenas uma vez, visto que a presença do art. 35, parágrafo único impede a aplicação do art. 36 em casos de reiteração delitiva.

Além dessa contradição legislativa, a Lei 11.343/2006 traz ainda uma causa de aumento de pena para quem financia ou custeia o tráfico – art. 40, VII. Essa causa de aumento é uma impropriedade do legislador, pois existe um tipo

⁶⁸ 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 10 abr. 18

penal específico para determinada conduta, de forma que aumentar a pena com base no elemento essencial do tipo configura claro bis in idem.

i) Informante – art. 37

Esse tipo penal foi criado para abarcar a situação dos informantes que não possuem uma ligação tão intrínseca com tráfico. Tratam-se dos “fogueteiros”, aquelas pessoas encarregadas apenas de repassar informações.

Se o legislador não tivesse tido o cuidado de inserir essa figura, os informantes responderiam por associação ao tráfico na mesma medida daqueles que vendem de fato a droga, por exemplo.

Como se trata de uma conduta com menos relevância criou-se esse tipo penal mais brando.

j) Prescrever/ministrar culposamente – art. 38

É a única conduta culposa da lei. No crime culposos, o agente deixa de observar o dever subjetivo de cuidado (imprudência, imperícia e negligência). Prescreve drogas que o paciente não necessita ou em quantidade superior ao indicado. É um crime de menor potencial ofensivo.

O juiz deverá comunicar o Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente.

k) Conduzir embarcação ou aeronave sob o efeito de drogas – art. 39

O termo drogas é um termo restrito. Se não for uma droga ilícita o agente não responde por esse crime.

Existe uma discussão se esse seria um tipo penal de perigo abstrato ou concreto. Essa questão gera uma análise comparativa com o código de trânsito. Embriaguez é um termo técnico, que corresponde a 0,6 ou mais gramas/litro de álcool no sangue. Houve com relação à embriaguez uma discussão se o crime do CTB era de perigo concreto ou abstrato, a jurisprudência caminhava no sentido do crime ser de perigo concreto, o legislador por sua vez não concordava com essa tese e em uma das várias alterações do artigo 306 do CTB ele retirou a parte “expor a dano a incolumidade...” demonstrando que sua intenção era que o crime fosse de perigo abstrato.

Como no artigo 39 possui ainda o “expondo a dano a incolumidade...”, que é tida como uma cláusula determinante para saber a natureza do crime, entende-se que seria de perigo concreto, porém ainda existem divergências a esse respeito. Como não é um crime comum de ser praticado, não existem muitas jurisprudências nesse sentido.

O parágrafo único aplica pena mais grave se o crime for cometido em transporte coletivo de passageiros.

Essas são, portanto, as condutas criminosas trazidas pela Lei 11.343/2006, sendo que a doutrina majoritária entende que os crimes de tráfico comparado aos hediondos seriam os dispostos no caput e §1º do artigo 33 e os artigos 34 ao 37.

1.4 Procedimento penal dos crimes de droga: institutos, investigação e processo.

Os procedimentos relacionados a esses crimes não são procedimentos comuns a todos os crimes, trata-se de um rito especial.

A exceção será o crime do usuário, que se não estiver em concurso com nenhum outro delito seguirá o rito sumaríssimo.

Com relação aos procedimentos investigatórios próprios, é necessária uma autorização judicial expressa nesse sentido, sendo eles: Infiltração de agentes e flagrante controlado/diferido.

O flagrante é obrigatório às autoridades policiais, por essa razão é necessária uma autorização judicial para que a polícia possa retardar esse flagrante com objetivo de conseguir maiores informações a respeito do funcionamento daquela associação criminosa, no caso do tráfico a lei traz essa possibilidade de autorização judicial.

Além disso, a lei traz também a possibilidade de se infiltrarem agentes no tráfico para obtenção de informações.

Nos casos de prisão em flagrante, um laudo pericial de constatação (laudo preliminar) da natureza e quantidade da droga será suficiente para a caracterização da materialidade do delito.

É um laudo preliminar, precário, sucinto que tem uma única e exclusiva função no procedimento, que é justificar, embasar uma prisão em flagrante.

Esse laudo por ser um laudo preliminar está mais sujeito a erros, portanto, nunca poderá ser utilizado para condenação. Somente embasa a condenação o laudo definitivo, que é menos suscetível à falha.

O inquérito policial será concluído no prazo de 30 dias se o acusado estiver preso e em 60 dias se estiver solto – art. 51. Os prazos podem ser duplicados. Se o prazo transpassar o dobro, não haverá prejuízo, mas o acusado deverá ser posto em liberdade se estiver preso.

Em regra, o delegado de polícia não precisa fundamentar o indiciamento, porém essa regra encontra uma exceção na lei antidrogas – art. 52. As razões da fundamentação seriam exatamente a distinção entre usuário e traficante, que deverá ser feita por parte do delegado, tendo em vista que o parquet e o juiz não estavam presentes no momento do flagrante para atestar as circunstâncias que levam a tal conclusão.

Na Lei antidrogas, após o oferecimento da denúncia, há um contraditório. Antes de o juiz receber a denúncia, a defesa apresentará uma defesa prévia.

Nessa defesa preliminar escrita vigora o princípio da contenciosidade ampla, ou seja, pode-se alegar tudo o que se infere como mérito de defesa.

De acordo com o STF a falta de defesa preliminar escrita é causa de nulidade absoluta.

É relevante se fazer uma consideração a respeito do artigo 59 da lei que diz que o réu só poderia apelar sem se recolher à prisão se fosse primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória. Todavia, esse artigo mostra uma flagrante inconstitucionalidade, visto que a prisão preventiva se fundamenta em requisitos próprios arrolados em um rol taxativo constante do artigo 312 e 313 do CPP, de modo que as condições subjetivas do agente não podem ser utilizadas de forma exclusiva para justificar tal medida cautelar.

No tocante a fixação da pena o artigo 42 traz como circunstâncias a serem analisadas: a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a [Digite texto]

personalidade e a conduta social do agente. Essas circunstâncias têm preponderância com relação às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal⁶⁹, apesar de não afastar a sua aplicação. O Supremo Tribunal Federal entende que esse dispositivo é proporcional e razoável.

⁶⁹ **Art. 59** - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

2 SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

O sistema penitenciário brasileiro se encontra em colapso. Não apenas pela superlotação, como também pelas condições insalubres e pelas constantes violações de direitos dos presos, o que acabou por acarretar diversas rebeliões no início do último ano.

A própria perda da gerência, em diversos presídios, para as facções criminosas, acaba por gerar um descontrole do sistema e contribui para a instauração do caos em nossas unidades prisionais.

Ademais, a situação de esquecimento por parte do poder governamental, e o preconceito da sociedade para com os egressos do sistema, geram um ciclo de reincidência por parte daqueles que hoje são ensinados a viver presos, por meio de uma escola do crime que se instaurou em nossas prisões e que acaba por encarcerar os marginais e marginalizar por meio do encarceramento.

É preciso, portanto, entender os motivos que levam a situação atual de descontrole e sanar as mazelas do cárcere.

2.1 A evolução do sistema prisional

O instituto da prisão nasceu de forma diversa da que conhecemos hoje. Nos primórdios da história da humanidade, a prisão era vista como uma forma de manter o delinquente a disponibilidade daqueles que aplicariam as sanções, era apenas uma forma de acautelamento daqueles que aguardavam a aplicação de sua pena final, que em sua maioria seria a pena capital.⁷⁰

Assim, a privação da liberdade encontrava uma função de meio para aplicação da pena fim, isso porque, na antiguidade as penas em sua maioria se dirigiam a penas corporais. Com o tempo, como destaca Foucault, as penas abandonam as punições corporais e passam a punir a alma.⁷¹

⁷⁰ FALCONI, Romeu. **Sistema presidencial: Reinserção Social?** São Paulo, SP. Editora Ícone. 1998. P. 49.

⁷¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 38 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

Contudo, antes das penas alcançarem a privação de liberdade como fim, um longo caminho se percorreu, sendo necessários inclusive diversos movimentos, como a Revolução Francesa e os ideais iluministas para que se desenvolvesse esse panorama de humanização da pena, abandonando as penas cruéis aplicadas na antiguidade como tortura, açoites, e até mesmo a pena de morte, que por vezes era aplicada da maneira mais cruel possível.

Antes de possuímos a punição concentrada na mão do Estado, na época da vingança privada, as penas eram aplicadas de maneira desmedida, em que famílias passavam gerações e gerações aplicando a pena aos seus descendentes em uma vingança que não encontrava fim, a não ser com a extinção de um dos rivais. Por essa razão surgiu o Código de *Hamurabi* que estabeleceu a Lei de Talião, conhecida pela máxima: “olho por olho, dente por dente” em que a vingança pessoal se limitava ao que lhe foi atingido, adquirindo certa proporcionalidade.⁷²

Posteriormente, a vingança atingiu proporções divinas, nos Tribunais da Inquisição, em que se começou a utilizar da prisão-cautela, mas a prisão-pena, ainda não se aplicava nessa época. A prisão mantinha o delincente (chamados de hereges) disponíveis para aplicação de seus castigos. Todavia, esse período tem sua importância no nascimento do termo “penitenciária”, assim chamados os lugares onde os presos pagavam penitência isolados se conscientizando de seus pecados e pedindo perdão, para posteriormente purgarem os pecados do corpo por meio de penas corporais.⁷³

O termo ‘penitenciária’ é utilizado até hoje para se referir aos estabelecimentos penais destinados ao cumprimento de prisão-pena.

⁷² NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal: introdução e parte geral**. 29 ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 1991. P. 20.

⁷³ SILVA, Luiza Gomes da. **Análise histórica do sistema penitenciário: subsídios para a busca de alternativas à humanização do sistema prisional**. 2012. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/an%C3%A1lise-hist%C3%B3rica-do-sistema-penitenci%C3%A1rio-subs%C3%ADdios-para-busca-de-alternativas-%C3%A0-humaniza%C3%A7%C3%A3o>> Acesso em: 13 maio 2018

Contudo, foi no século XVIII que o Direito Penal começou a se utilizar da pena não como meio, mas como fim. Deve-se essa alteração, em suma, a queda do antigo regime e a ascensão da burguesia.⁷⁴

Nesse contexto, nascem na Europa os primeiros projetos de penitenciárias, as '*House of Correction*'. Ainda muito precárias em termos de humanização, sofreram várias críticas e reformas com o intuito de melhorar as condições dos presos.⁷⁵

Os modelos de prisão que surgiram durante o século XVIII e XIX, podem ser basicamente resumidos no modelo britânico (*House of Correction*), o modelo de Amsterdã (*Rasphuis e Spinhis*), o modelo filadelfiano (*Walnut Street Jail*), o norte-americano (*Auburn*) e o sistema australiano (*Norfolk*).⁷⁶

O modelo do *House of Correction* era extremamente rígido, com grandes dormitórios sem divisões em espaços abertos. Na Holanda a *House of Correction* construiu alas femininas e masculinas de forma separada.⁷⁷

O *Rasphuis* por sua vez era exclusivamente para homens, o trabalho era obrigatório e a cela era individual, onde o criminoso deveria arrepender-se por meio de leituras espirituais. Já a *Spinhis* era a penitenciária feminina. Aqui começa a separação dos presídios masculinos e femininos. Modelo voltado ao trabalho forçado como forma de ressocialização.⁷⁸

O modelo filadelfiano possuía os mesmos pilares dos modelos belgas, porém nesse modelo começa-se a aplicar a pena de forma mais individualizada, entendendo que a administração do presídio também possuía responsabilidade

⁷⁴ SANTIS, Bruno Morais di; ENGBRUCH, Werner. **Evolução história do sistema prisional. Privação de liberdade, antes utilizada como custódia, se torna forma de pena.** 2017. Disponível em <<http://pre.univesp.br/sistema-prisional#.WvjYOYgvzIV>> Acesso em: 13 maio 2018.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ SILVA, Luiza Gomes da. **Análise histórica do sistema penitenciário: subsídios para a busca de alternativas à humanização do sistema prisional.** 2012. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/an%C3%A1lise-hist%C3%B3rica-do-sistema-penitenci%C3%A1rio-subs%C3%ADdios-para-busca-de-alternativas-%C3%A0-humaniza%C3%A7>> Acesso em: 13 maio 2018

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Op. cit. SILVA, 2012.

sobre o processo de ressocialização, de forma que era preciso a análise individualizada dos detentos. Por essa razão pode ser chamado de sistema celular.

79

O modelo de Auburn era o sistema do silêncio absoluto. Os presos trabalhavam durante o dia, faziam as refeições em conjunto e se recolhiam durante a noite, mas deveriam manter o silêncio absoluto, só podendo conversar com os carcereiros.⁸⁰

Por fim, o sistema de Norfolk, conhecido como sistema progressivo, é a base do que conhecemos hoje em termos de progressão de regime, visto que previa uma progressão em três fases: 1) isolamento celular diurno e noturno; 2) Trabalho em comum em silêncio; 3) livramento condicional. Esse sistema foi aperfeiçoado na Irlanda onde se acrescentou uma quarta fase antes do livramento condicional, fase essa em que o preso poderia realizar trabalhos extramuros.⁸¹

No Brasil, as Ordenações Filipinas não previam o encarceramento como pena, o que veio a surgir somente com a Constituição de 1824, onde o Brasil começou a reformar o sistema punitivo não mais na condição de colônia, e sim, de forma a atender as necessidades da população que agora se tornava um país independente. Assim, com o Código do Império de 1830, a pena de prisão é introduzida no país.⁸²

O primeiro presídio brasileiro foi a Casa de Correção do Rio de Janeiro, seguida da de São Paulo. Relatórios de vistorias prisionais determinadas pelo Império mostram que desde aquela época as prisões eram precárias e já sofriam

⁷⁹ SILVA, Luiza Gomes da. **Análise histórica do sistema penitenciário: subsídios para a busca de alternativas à humanização do sistema prisional**. 2012. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/an%C3%A1lise-hist%C3%B3rica-do-sistema-penitenci%C3%A1rio-subs%C3%ADdios-para-busca-de-alternativas-%C3%A0-humaniza%C3%A7>> Acesso em: 13 maio 2018.

⁸⁰ JESUS, Damásio de. **Manual de Direito Penal Volume I**. São Paulo. Atlas, 2004, P. 250.

⁸¹ Op. cit. SILVA, 2012.

⁸² SANTIS, Bruno Morais di; ENGBRUCH, Werner. **Evolução história do sistema prisional. Privação de liberdade, antes utilizada como custódia, se torna forma de pena**. 2017. Disponível em <<http://pre.univesp.br/sistema-prisional#.WvjYOYgvzIV>> Acesso em: 13 maio 2018.

com o problema de superlotação e da convivência entre presos provisórios e condenados.⁸³

Através desses relatórios foram sugeridas alterações como: introdução de oficinas de trabalho, celas individuais, entre outros frutos dos sistemas da Filadélfia e do sistema de Auburn. Em 1890, o Código Penal começa a trazer os pressupostos do sistema Norfolk, com a possibilidade de transferência de presos a sistemas agrícolas diante do bom comportamento.⁸⁴

Além disso, o Código de 1890, estabeleceu a pena máxima de 30 anos, bem como restringiu as penas às restritivas de liberdade, impedindo o uso de penas perpétuas ou desumanas.⁸⁵

Em 1940, o novo Código Penal trouxe as penas atuais de reclusão, detenção e multa. E em 1984, editou-se a Lei de Execução Penal, que regulamenta a aplicação das penas. Assim, em termos de estabelecimentos prisionais, temos o centro de observação, a penitenciária, a colônia agrícola ou industrial, a casa do albergado, a cadeia pública, o hospital e casa de tratamento psiquiátrico e a penitenciária para mulheres. Dessa forma, descrevem Daniel Takey e Marly Vieira:

“01 - Centro de Observação: que corresponde ao exame criminológico do condenado dentro do que melhor se enquadra ao indivíduo. 02 – A Penitenciária: regime fechado, individualizado, e definida como estabelecimento de segurança máxima. Os requisitos para esse tipo de unidade têm que estar de acordo com os direitos humanos, uma área mínima de seis metros quadrados para cada preso, salubridade referente ao ambiente em que condicionalmente possam viver. A masculina deverá ser afastada de local urbano não restringindo a visitas. 03 - A Colônia Agrícola ou Industrial: regime semiaberto, pode ser alojado com demais detentos. Alguns estados não têm esse sistema. 04 – A Casa do Albergado: o regime é aberto de cumprimento de pena privativa de liberdade e pena de limitação de fim de semana, construídas em centros urbanos, a segurança neste local é do condenado que deve cumprir com seus afazeres durante o dia fora e a noite voltar ao local para dormir. 05 – A Cadeia Pública: é o recolhimento do preso provisório, podendo contar com salas para o trabalho social, psicólogos, pessoal administrativo e advogados. 06 – Hospital e Casa de Tratamento Psiquiátrico: destina-se aos inimputáveis, e para o condenado

⁸³ TAKEY, Daniel; VIEIRA, Marly. Surgimento e evolução do sistema penitenciário brasileiro. Disponível em < <http://www.santacruz.br/ojs/index.php/JICEX/article/view/1055>> Acesso em: 13 maio 2018

⁸⁴ Ibid. p, 1.

⁸⁵ MACHADO, Ana Elise Bernal; SOUZA, Ana Paula dos Reis; SOUZA, Mariani Cristina de. Sistema penitenciário brasileiro – Origem, atualidade e exemplos funcionais. Disponível em < <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/4789>> Acesso em: 13 maio 2018. P. 3.

dependente de substâncias químicas entorpecentes, que causa dependência física e mental. São raros os hospitais psiquiátricos no Brasil para essa finalidade. 07 – Penitenciária para mulheres: regime fechado. Nas penitenciárias femininas deve haver creches para crianças acima de 06 anos e enquanto a mãe estiver presa, seção para gestantes, local onde elas possam dar início ao trabalho de parto.”⁸⁶

Observa-se que, muito se percorreu até que se atingisse o modelo penitenciário atual, em que temos a prisão como pena-fim, e mais do que isso, a exigência de que até mesmo a restrição da liberdade seja executada de forma humana.

Todavia, apesar do grande salto que demos no sentido das definições do sistema prisional, como temos hoje na Lei de Execuções Penais, muitas dessas disposições não são observadas, de forma que o quadro atual está longe do que está disposto na Lei, evidenciando atrasos significativos em termos de Direito Penitenciário.

2.2 População e superlotação carcerária

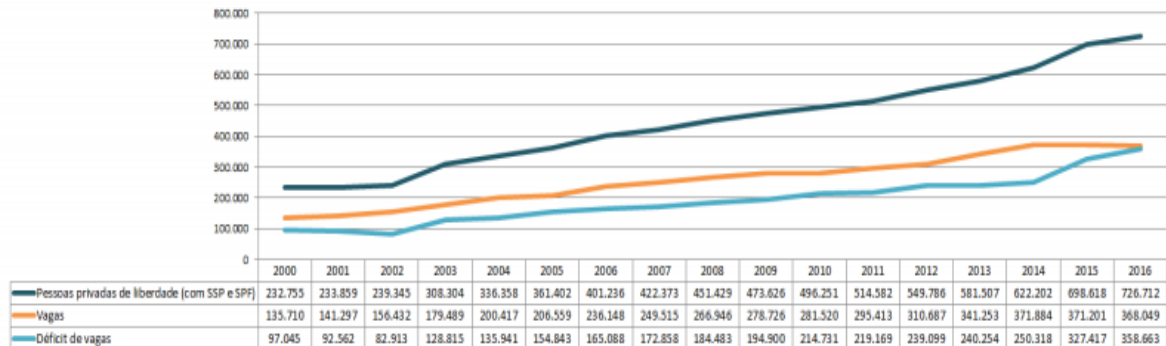
Como visto anteriormente, o problema da superlotação carcerária assola o sistema penitenciário brasileiro desde o seu surgimento. A exemplo disso, no ano de 1996, o Brasil dispunha de 60 mil vagas no sistema, porém, encontravam-se presas 130 mil pessoas, com um déficit de 70 mil leitos. Essa situação se agravou com o passar dos anos até os dias de hoje.⁸⁷

A piora do quadro de superlotação está exposta nos dados disponibilizados pelo Departamento Penitenciário Nacional, que demonstra o aumento do déficit de vagas com o passar dos anos:

⁸⁶ TAKEY, Daniel; VIEIRA, Marly. Surgimento e evolução do sistema penitenciário brasileiro. Disponível em <<http://www.santacruz.br/ojs/index.php/JICEX/article/view/1055>> Acesso em: 13 maio 2018. P. 2.

⁸⁷ HARTMANN, Jackson André Müller; Dullius, Aladio Anastacio. Análise do sistema prisional brasileiro. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10878&n_link=revista_artigos_leitura> Acesso em: 16 maio 2018. Apud. DINIZ, Eduardo Albuquerque Rodrigues. Realidade do sistema penitenciário brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n. 1, nov. 1996. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1008>>. Acesso em: 10 set. 2010.

Gráfico 1: Evolução da população prisional, vagas e déficit de vagas entre 2000 e 2016:⁸⁸



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, dezembro de cada ano.

A Lei de Execução Penal, em seu artigo 88 dispõe sobre as condições do condenado à pena de reclusão, em regime fechado:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).⁸⁹

Nesse sentido, a superlotação carcerária viola os direitos mais básicos dos apenados de cumprirem suas penas com um mínimo de dignidade. Essa violação se dá desde as condições psicológicas (imagine um indivíduo que é submetido a uma pena de mais de 10 ou até mesmo 30 anos de prisão, em uma cela com capacidade para 4 pessoas e onde residem até mesmo, em casos mais extremos, 40 presos) até as condições físicas, visto que a superlotação, atrelada a insalubridade dos presídios brasileiros, constituem ambiente propício para proliferação de doenças.

⁸⁸ INFOPEN 2016 – Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. Disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em 16 maio 2018.

⁸⁹ BRASIL, **Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 16 maio 18

Ilustrando esse quadro, Drauzio Varella, renomado cancerologista brasileiro, que trabalhou durante 9 anos na antiga Casa de Detenção em São Paulo, conhecida como Carandiru, escreveu o livro “Estação Carandiru” após o massacre de 1992, em que relata os diversos tipos de doenças encontradas no presídio que por muitas vezes já haviam sido até mesmo erradicadas no Brasil. Drauzio relata, que além da dificuldade de tratamento pela ausência de material e de pessoal para atendimento, muitas doenças se proliferavam pela falta de salubridade e de condições de isolamento dos presos mais graves. Diante desse contexto, o presídio sofreu uma grande epidemia de Tuberculose, doença que há época (década de 90), fora da cadeia, ele não tratava desde os anos 70.⁹⁰

Além da falta de investimento no sistema penitenciário, o principal fato gerador da superlotação não está na ausência de construção de presídios em si. Apesar da necessidade de construção de novos estabelecimentos prisionais, o que mais abarrotava o sistema, hoje, é a aplicação exacerbada, e por vezes, equivocada das penas. A máxima de que “o Brasil prende muito e prende mal” já é conhecida há muito por aqueles que atuam nesse campo jurídico.

Diante do aumento dos índices de violência no Brasil, a sociedade clama por mais Direito Penal, e a resposta vem desde a criação de novos tipos penais e cominação das penas pelo legislador até a aplicação pelo Judiciário. Todavia, essa aplicação da pena de forma desmedida e irrestrita possui o efeito contrário do pretendido. Além de não diminuir a criminalidade, a pena de prisão sem um sistema penitenciário adequado, e que seja voltado para a ressocialização da pessoa presa, gera superlotação do sistema, o que possui consequências desastrosas. É o que se pode observar das rebeliões que vem ocorrendo no Brasil.⁹¹

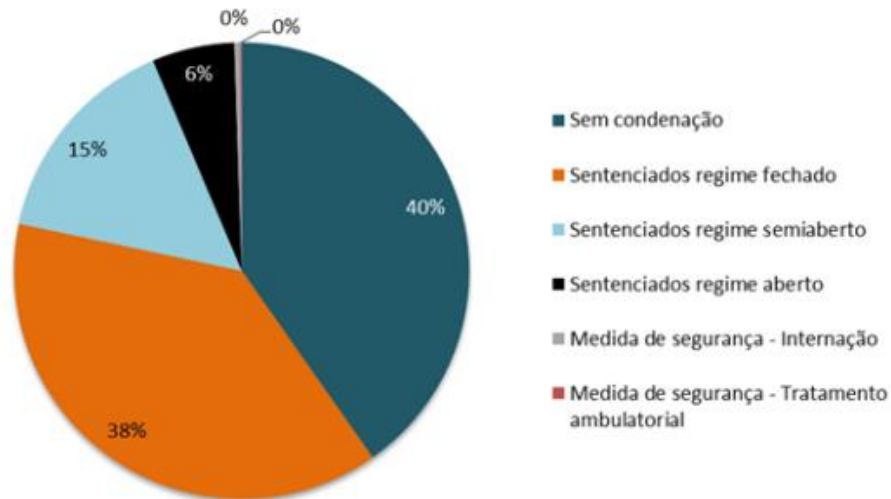
Na análise dos dados do INFOPEN – 2016, essa realidade se mostra clara quando se observa que hoje temos um déficit de 358.663 vagas, com uma taxa

⁹⁰ VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. São Paulo, Editora Schwarc. 1999. P. 47

⁹¹ JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996. P. 7.

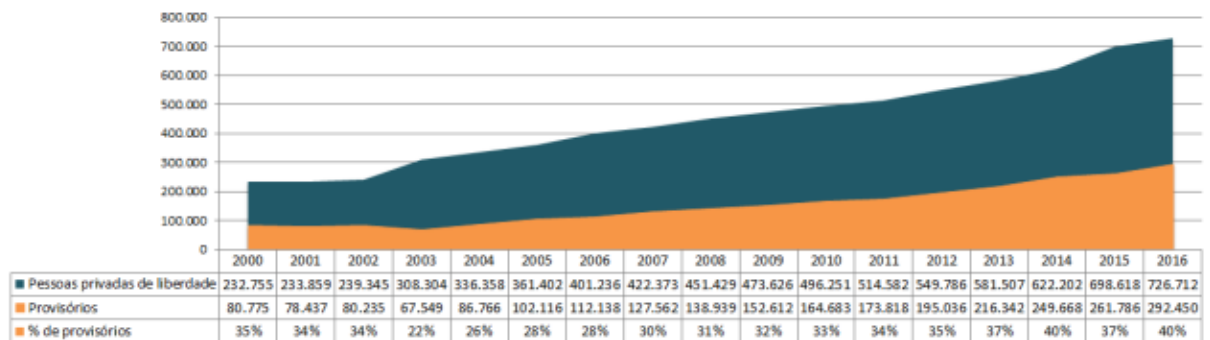
de ocupação de 197,4%, e que de todos os 726.712 presos, 40% deles são presos provisórios, ou seja, presos que ainda não receberam suas condenações:⁹²

Gráfico 2: Pessoas privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime:⁹³



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

Gráfico 3: Evolução da população prisional provisória entre 2000 e 2016:



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, dezembro de cada ano.

⁹² **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.** Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016. Disponível em: < http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em 16 maio 18.

⁹³ Nos casos dos presos que simultaneamente estavam na situação de condenados e aguardando julgamento por processo diverso, esses não foram computados como presos provisórios e sim como condenados.

Assim, a superlotação se mostra como um reflexo desse encarceramento desmedido, onde as prisões provisórias enchem mais o sistema do que mesmo aqueles presos que cumprem pena no regime fechado. O “boom” no crescimento da população carcerária, em especial dos presos provisórios, revela que mais do que construir presídios é preciso repensar a forma como se faz política criminal no país, principalmente quando boa parte dessas prisões é proferida em sentenças que se utilizam de argumentos cada vez mais vagos, baseadas na lacuna deixada pela lei ao possibilitar, por exemplo, a prisão preventiva para a manutenção da ordem pública.

Por se tratar de critério demasiadamente amplo, o judiciário tem se utilizado desse argumento para determinar prisões que poderiam ser afastadas com a aplicação de outra, ou outras, cumulativamente, medidas cautelares alternativas a prisão, evitando esse encarceramento desarrazoado de presos provisórios, que ultrapassa até mesmo o número dos efetivamente condenados.

Além disso, esse quadro demonstra, também, a mora do judiciário em julgar processos, de modo que não é raro se encontrar notícias de presos provisórios que estão presos, preventivamente, a mais tempo do que deveriam estar se efetivamente condenados, o que contribui para o aumento de presos no sistema e consequente aumento das taxas de superlotação.

Ademais, apesar do impacto positivo que a revisão de boa parte dessas prisões provisórias causaria no sistema, isso, por si só, não seria capaz de resolver o problema da superlotação no país. Assim, é preciso repensar os tipos penais que mais encarceram, de forma a refletir sobre a política adotada pelo legislador, encontrando meios de sanar pontos problemáticos dessas políticas, evitando o inchaço prisional.

O levantamento nacional aponta ainda, que a maioria da população carcerária tem entre 18 e 24 anos, é negra, do sexo masculino e não completou o ensino fundamental, tendo a maioria sido condenada a mais de 4 até 8 anos, sendo

que o tipo penal que mais leva pessoas à prisão é o tráfico de drogas. Esse é hoje o perfil da maioria dos presos do sistema.⁹⁴

2.3 A execução penal nos crimes de tráfico de drogas

De todas as condutas criminosas previstas na Lei de Drogas, são três, segundo levantamentos do INFOPEN, as que levam ao cumprimento de pena privativa de liberdade: tráfico de drogas, associação para o tráfico e tráfico internacional de drogas, sendo o primeiro o que tem porcentagem mais significativa em relação aos demais.⁹⁵

Com relação ao tráfico, previsto no artigo 33 da lei, é preciso lembrar que o legislador trouxe no §4º a figura do tráfico privilegiado. Assim, em termos gerais, caso o acusado de tráfico seja primário e não possua envolvimento com organização criminosa, em regra, com a aplicação da diminuição de pena prevista, fará jus a suspensão condicional do processo, de forma que dificilmente chegará a cumprir pena privativa de liberdade, e caso cumpra provavelmente o fará em regime diverso do fechado.

No que diz respeito a progressão de regime dos apenados condenados por tráfico de drogas, por se tratar de crime equiparado a hediondo, a progressão se dará não em 1/6, mas em 2/5, em caso do réu primário, e em 3/5, em caso de reincidente.

Já com relação aos condenados por associação ao tráfico, é pacífico na jurisprudência que o crime de associação não é crime hediondo, pois não está previsto no rol da Lei dos Crimes Hediondos, assim a progressão de regime nesse caso ocorrerá em 1/6.

No que pertine ao livramento condicional, esse se dará após o cumprimento de 2/3 da pena, e nesse caso tanto para o crime de tráfico como para o

⁹⁴ **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.** Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016. Disponível em: < http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em 16 maio 18. P. 30-33 e 40-44.

⁹⁵ Ibid. Infopen – 2016. P. 41

crime de associação, visto que apesar do segundo não ser crime hediondo, o comando do art. 44 da Lei 11.343/2006, determina que o livramento só poderá ocorrer após o cumprimento de 2/3 no caso dos artigos 33, caput e §1º e 34 ao 37, sendo que a associação consta nesse rol.

Ademais, caso o condenado seja reincidente específico não poderá ser beneficiado pelo livramento condicional, de acordo com a parte final do artigo 44 da Lei 11.343/2006.

Importa destacar que segundo estudo realizado pelo IPEA sobre a reincidência criminal no Brasil, o fator que mais influência a reincidência no país é o tráfico.⁹⁶

Por fim, no curso da execução da pena, os apenados não poderão ser beneficiados com graça, indulto e anistia. Além disso, os presos provisórios (desses crimes) não poderão ser liberados mediante pagamento de fiança.

2.4 Cárcere e marginalização social

Tendo em mente a atual condição dos cárceres brasileiros e analisando conjuntamente os processos que levam os indivíduos ao cárcere, percebe-se que os presídios e a marginalização social andam lado a lado.

Nesse aspecto, é possível se avaliar essa marginalização de duas maneiras: a marginalização que leva ao cárcere e a marginalização gerada por ele.

Na perspectiva da marginalização que leva ao cárcere, tem-se, pela análise do perfil penitenciário, que a população que preenche as cadeias brasileiras em sua grande maioria é a população pobre e negra, ou seja, a população marginalizada socialmente.⁹⁷

⁹⁶ **Reincidência Criminal no Brasil. Relatório de pesquisa.** IPEA, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf> Acesso em: 16 maio 18.

⁹⁷ **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.** Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em 16 maio 18. P. 32.

Nesse sentido, Nilo Batista afirma que a prisão acaba por criminalizar a pobreza. Ele assevera que a criminalização da pobreza, se inicia desde os estereótipos utilizados pelos agentes policiais na abordagem dos garotos pobres e negros, que não ocorre na mesma proporção de um indivíduo rico e branco.⁹⁸

Todavia, tão grave quanto o encarceramento da população marginalizada é o aumento dessa marginalização por meio do cárcere. O cárcere, hoje, no Brasil, é uma fábrica de marginalização. Na medida em que a pena não cumpre sua função ressocializadora, e que a sociedade não está preparada para receber aqueles que saem do sistema prisional, muitas vezes conscientes de que, dificilmente, com as condições que temos hoje, o indivíduo estará de fato pronto para ser reintegrado socialmente, temos um aumento dessa marginalização.

Segundo Nucci:

“Pena é a sanção do Estado, valendo-se do devido processo legal, cuja finalidade é a repressão ao crime perpetrado e a **prevenção a novos delitos, objetivando reeducar o delinquente**, retirá-lo do convívio social enquanto for necessário, bem como reafirmar os valores protegidos pelo direito penal e intimidar a sociedade para que o crime seja evitado.”⁹⁹ (grifos nossos)

Assim, a pena para que seja eficaz precisa prevenir novos delitos e reeducar o delinquente.

Ocorre que, até mesmo as medidas que visam reeducar o apenado, como educação e trabalho (intra e extramuros), que inclusive são tidos na Lei de Execuções Penais como direitos do preso, não são realizadas de forma efetiva.

A educação e o trabalho são direitos garantidos aos presos com o intuito de fornecer instrução e formação profissional à população prisional e prepará-los para se reintegrar a sociedade.¹⁰⁰ Assim, como forma de incentivar os presos ao

⁹⁸ BATISTA, Nilo. **Entrevista publicada na Revista Poli n. 29**. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/index.php?Area=Entrevista&Num=67>> Acesso em: 17 maio 2018.

⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 7. Ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 401

¹⁰⁰ **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016**. Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em 16 maio 18. P. 53

estudo e ao trabalho, essenciais para sua reintegração na sociedade, o legislador determinou que fossem utilizados como forma de remição da pena, de maneira que a cada 3 dias trabalhados, desconta-se um da pena total do preso, e para cada 12 horas de frequência escolar (dividas em no mínimo 3 dias) também será remido um dia de pena.

Todavia, somente 12% da população carcerária está envolvida com algum tipo de atividade escolar e 15% com atividades laborais, ou seja, nem metade dos presos estão de fato envolvidos com algum tipo de atividade que o prepare para a vida em sociedade ao final da pena.¹⁰¹

Essa realidade não se dá pelo simples desinteresse dos presos nessas atividades, ao contrário, as vagas disponíveis no sistema não são suficientes para suprir a demanda dos presos.

Uma reportagem do Governo de Brasília, mostra que só no Distrito Federal, no ano de 2016, cerca de 900 presos aguardavam uma oportunidade de trabalho.¹⁰²

Mais uma demonstração da supressão dos direitos dos presos, que apesar de serem garantidos pela Lei de Execução Penal, não são aplicados na execução das penas.

Muito dessa ausência de vagas para trabalho, se dá por culpa da própria sociedade que não está preparada para receber um interno, tampouco os egressos do sistema. A sociedade se mostra cautelosa com relação ao recebimento dessas pessoas, mesmo com todos os incentivos governamentais ao empresário que empregue um presidiário.

¹⁰¹ **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.** Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016. Disponível em: < http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em 16 maio 18. P. 53; P. 56.

¹⁰² MARTIMON, Amanda. Agência de Brasília. **Funap e empresas: parceria para inserir presos no mercado de trabalho.** Governo de Brasília. 2016. Disponível em: <<https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2016/03/27/funap-e-empresas-parceria-para-inserir-presos-no-mercado-de-trabalho/>> Acesso em: 18 maio 2018

Essa realidade demonstra o próprio descrédito da sociedade na eficácia do sistema penitenciário em reeducar seus internos, e de certa forma com razão.

O ambiente de violação de direitos humanos básicos dos presos que se vislumbra dentro das cadeias brasileiras, gera nos apenados um sentimento de revolta que se transforma em mais violência e que, conseqüentemente, cria um ambiente hostil para se falar em qualquer tipo de ressocialização.

Não existem investimentos por parte do governo no setor, por se mostrar medida antipopular diante da falsa percepção da sociedade de que fornecer “regalias” a presos irá piorar a segurança pública. Diante da sensação de impunidade da sociedade, e do clamor por mais rigidez nas punições, as penitenciárias tornaram-se setores esquecidos das políticas públicas. Assim, o condenado quando sai da cadeia, sai sem ter sido reeducado, o que gera um ciclo vicioso de entra em sai da cadeia por diversas condenações diferentes.

Além do mais, ainda que por algum motivo, o condenado ao sair deseje se inserir no mercado de trabalho, muitas vezes encontra barreira no preconceito dos processos seletivos, que em sua grande maioria, solicitam certidão negativa criminal, afastando aqueles que tenham tido passagens pelo sistema penal das vagas de emprego.

Nesse sentido, ainda que o condenado entre em um dos raros presídios brasileiros, que conseguem oferecer uma boa estrutura de ressocialização para o preso, ele esbarraria na dificuldade de aceitação por parte da sociedade aqui fora, razão pela qual uma pessoa que tem passagem pelo sistema, terá extrema dificuldade de se reintegrar à sociedade ao sair, o que por vezes o levará a transgredir novamente. Assim, descreve um agente penitenciário ouvido pelo IPEA na pesquisa sobre reincidência criminal no Brasil:

“A gente tem parceiros de capacitação, de emprego, mas eu vou ressocializar o indivíduo para uma sociedade falida, que não tem como aceitar, que não oferece apoio diferenciado (...). Fica parecendo que vale a pena estar preso, porque aqui ele tem oportunidade de trabalho que ele não tem lá fora, não tem uma continuação do trabalho que tem aqui dentro. Muitas vezes o reeducando só passa a ser cidadão quando ele entra no sistema carcerário, quando ele tem acesso pela primeira vez a diversos direitos. Porque a sociedade vê a prisão como depósito de lixo, lugar onde você descarta coisas indesejadas. Tudo é culpa do sistema prisional, mas para a ressocialização precisaria de um esforço coletivo de toda a

sociedade. Mas ela não vê que essas pessoas vão voltar um dia (Agente penitenciário – gerente de laborterapia)”¹⁰³

Fica claro, através da fala do agente, que a sociedade ainda se posiciona com relação aos presos e egressos do sistema como se fossem “o Brasil que não deu certo”, a escória da população brasileira, e não oportunizam a possibilidade de mudança. Assim, o sistema, ainda que eficaz, como em raríssimos casos (as APAC’s, por exemplo), não conseguirá reintegrar os presos se a sociedade não assumir a sua parcela de culpa, e se conscientizar para a necessidade de mudanças, não só dos presos, mas da comunidade que o cerca no momento do cumprimento da pena e saída do presídio.

Assim, o Estado não só encarcerou a população marginalizada, como também, ao privá-los de seus direitos, marginalizou o cárcere, não apresentando condições de reinserção à sociedade.

Esse ciclo demonstra que a pena não está atingindo sua finalidade de prevenir delitos, uma vez que ao receber o rótulo de ex-presidiário, muitas vezes só restará ao sujeito trilhar o caminho de novos delitos penais. Transformando a cadeia na verdadeira escola do crime.

Dessa maneira, o presídio que deveria preparar o indivíduo para viver em sociedade, na verdade o prepara para viver na prisão.

Assim, tendo em vista que ao longo dos séculos percebeu-se que a prisão é de fato necessária em alguns casos, o que é preciso, hoje, diferentemente das ideias abolicionistas, é reformar o nosso sistema penal e penitenciário, investir em políticas públicas para melhora desse sistema e das condições de vida fora dele, e principalmente, repensar a necessidade de encarceramento em massa de pessoas marginalizadas, refletindo sobre como melhorar as condições prisionais, como conscientizar a população e, por fim, destinar à prisão somente aquelas infrações penais realmente necessárias.

¹⁰³ **Reincidência Criminal no Brasil. Relatório de pesquisa.** IPEA, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf> Acesso em: 16 maio 18. P. 88

3 SISTEMA PENITENCIÁRIO E POLÍTICA CRIMINAL DE ENTORPECENTES

O sistema penitenciário brasileiro passa hoje por uma grave crise, não só no que diz respeito à superlotação, mas pela falta de condições mínimas de dignidade aos presos. A gênese desse problema abarca todo o sistema de justiça, desde a elaboração de leis e políticas públicas até a sua efetiva execução.

Nessa perspectiva, é preciso que se analise os vetores que hoje agravam ainda mais o sistema, e a política de drogas é apontada atualmente como uma das principais responsáveis por essa crise.

3.1 Seletividade penal, drogas e superencarceramento

Quando se fala em direito penal, se fala em proteção de bens essenciais da sociedade que não conseguem ser tutelados por outros ramos do direito. Nisso consiste o princípio da intervenção mínima, ou *última ratio*.

Sobre esse princípio ensina Nucci:

“Significa que o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (*prima ratio*) do legislador para compor conflitos existentes em sociedade, os quais, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes.”¹⁰⁴

Nesse sentido, o direito penal para atingir sua função, que é a proteção dos bens mais importantes, exerce uma seletividade em relação aos bens que serão protegidos.

Uma vez que determinada conduta é tipificada como criminosa, um outro princípio de extrema importância entra em cena, o princípio da igualdade. Segundo esse princípio, o direito penal se aplicaria de maneira igual a todos. Todo aquele que transgredir suas disposições será submetido a uma sanção, recebendo o mesmo tratamento penal.

Assim assevera Moraes:

¹⁰⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª Edição. Rio de Janeiro. Editora forense, 2014. P. 65.

“O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de **aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de** sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, **classe social.**” (grifos nossos)¹⁰⁵

Contudo, a seletividade penal se apresenta também no contexto de seleção de pessoas sobre as quais incidirá os reflexos das normas penais, indo na contramão do que aduz o princípio da igualdade e revelando uma verdadeira desigualdade na forma como as regras de direito penal são aplicadas na sociedade.

Por meio de estudos criminológicos, os adeptos da criminologia crítica, distinguem o processo de criminalização em primário e secundário. O primeiro estaria ligado ao momento em que as leis são feitas, a escolha do legislador de quais serão os bens protegidos. Já a criminalização secundária seria feita pela polícia no momento em que seleciona indivíduos para serem submetidos a abordagem e inquéritos policiais, com base em estereótipos, que em seguida serão novamente utilizados pelo Ministério Público e pelo juiz para submeter esse indivíduo a um processo penal e, posteriormente, no momento da sentença.¹⁰⁶

Nesse sentido, Marcos Alan Gomes expõe a forma como os policiais escolhem quem será investigado ou abordado, por meio do que eles conceituam como “atitude suspeita”, termo recorrente nas audiências das Varas de Entorpecentes, que na sua grande maioria possuem como testemunhas exclusivas os policiais que realizaram a abordagem:

“A iniciativa criminalizadora parte em regra do que, no jargão policial, se convencionou designar “atitude suspeita”, um termo indefinido, cujo sentido é arbitrariamente estabelecido pela polícia, ao sabor das conveniências e interesses de momento. Quem preenche o estereótipo, simplesmente, por estar em determinado local, a determinada hora, trajando-se de determinada forma, tudo a indicar que integra determinado estrato social, é

¹⁰⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.67

¹⁰⁶ MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3836.pd>>. Pag. 3. Acesso em 17 set. 2017.
[Digite texto]

determinado como suspeito. Esse é o contexto que comumente leva o policial a submeter o escolhido a revista pessoal.”¹⁰⁷

Zaffaroni e Pierangeli defendem que o direito penal criminaliza seletivamente os marginalizados e, com menos habitualidade, pessoas do próprio sistema hegemônico, a fim de que eles não prejudiquem a harmonia do grupo. Esses últimos seriam punidos em raríssimas oportunidades e somente como uma forma de tranquilizar o próprio grupo hegemônico. Essas funções trazidas pelos autores são chamadas de funções não declaradas do direito penal.¹⁰⁸

Assim, o direito penal pune de forma seletiva e desigual, desde o momento em que determinadas condutas são classificadas como crime e outras não, até o momento da aplicação da norma em que os indivíduos são escolhidos seletivamente para se submeterem as normas penais.

Sobre a seletividade penal Nara Borgo aponta:

“Desta forma, a seletividade do sistema penal acaba por criar as denominadas cifras ocultas e as cifras douradas da criminalidade, fazendo, no primeiro caso, com que muitos crimes e/ou muitos autores de crimes não sejam investigados e/ou processados, ou, quando se trata da cifra dourada, com que algumas classes sociais sejam praticamente excluídas do processo de criminalização, que recairá sobre as camadas sociais mais frágeis”.¹⁰⁹

No caso da lei de drogas essa seletividade se mostra ainda mais evidente, em especial em relação à criminalização secundária, que diz respeito aos indivíduos que são submetidos ao judiciário e posteriormente encaminhados ao sistema penitenciário em razão do cometimento desses crimes.

A seleção se inicia na tarefa de dividir agentes entre usuários e traficantes.

¹⁰⁷ CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **10 anos da Lei de Drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 23.

¹⁰⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 5ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 76.

¹⁰⁹ MACHADO, Nara Borgo Cypriano apud BISSOLI FILHO, Francisco. **Punição e divisão social: do mito da igualdade à realidade do aparthaide social**. In **Verso e Reverso do Controle Penal: (Des) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva**. ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 78-79, 2v.

Há anos a sociedade vem sofrendo com a falta de critérios objetivos para que se realize essa diferenciação, o que acaba por abrir espaço para interpretações subjetivas que na imensa maioria das vezes são feitas com base nas características do indivíduo e não do fato ocorrido.

Assim, a própria Lei abre margem para que as características da pessoa se sobreponham ao fato quando determina no art. 28 §2º que a diferenciação será feita com base nas circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente:

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.¹¹⁰

De fato, o artigo menciona ainda que deverá ser levado em consideração o local e as condições em que se desenvolveu a ação, porém, ao adicionar qualidades que dizem respeito ao agente, a lei permite que decisões sejam embasadas em critérios que não dizem respeito ao fato em apuração, e sim às condições do indivíduo.

Augusto Thompson pontua:

“Há uma inversão na operação: faz-se o exame da pessoa do réu, a ver se corresponde ao estereótipo do delinquente, para depois verificar-se se os autos fornecem elementos razoáveis para amparar a decisão sugerida pela convicção previamente atingida. Para tal convicção, a fonte de certeza reside em algo extrínseco à prova do fato, pois repousa sobre a prova relativa à personalidade do acusado.”¹¹¹

Ademais, até mesmo critérios como “local” são utilizados de maneira a abarcar pessoas que vivem à margem da sociedade, visto que, em regra, quando se tratam de ocorrências que se procedem de bairros nobres existe a tendência de se rotular a conduta como uso em detrimento das que ocorrem em bairros de menor

¹¹⁰ 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm> Acesso em: 10 abr. 18

¹¹¹ THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 91.

potencial aquisitivo, como as favelas, em que na grande maioria das vezes têm-se o indiciamento por crime de tráfico.

Nesse sentido, é necessário que as agências executivas de controle se atentem para a possibilidade de discriminação indireta que este dispositivo traz, uma vez que os critérios de distinção entre o usuário e o traficante se fazem em razão de circunstâncias sociais e pessoais do agente. Nesse caso estamos diante da chamada Teoria do Impacto Desproporcional.

Esta teoria traz exatamente essa distorção do princípio da igualdade por meio de uma discriminação indireta. Sobre essa teoria ensina Joaquim Barbosa:

“Toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas”¹¹²

O Supremo Tribunal Federal aplicou a referida teoria na ADPF 291, em que foi chamado a se manifestar sobre o crime militar de pederastia (art. 235 do Código Penal Militar).

No caso supracitado, o STF entendeu que o tipo penal ao citar expressões como “relações homossexuais” acabava por criar uma situação de discriminação indireta dos militares gays. Apesar de aparentemente ser um comando neutro, já que se referia a práticas homossexuais ou não, na prática aquela categoria de militares era prejudicada por uma discriminação velada, sendo um típico caso da Teoria do Impacto Desproporcional.¹¹³

Assim também na Lei de Drogas, os comandos apesar de aparentemente neutros, abrem espaço para uma discriminação indireta na medida em que permite a presunção de que as pessoas de baixa renda são as atreladas ao tráfico, enquanto, em outra via, as que possuem melhores condições se tratariam de meros usuários.

¹¹² GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social – a experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P. 24

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 291/DF. Brasília, 28 de outubro de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627>> Acesso em 02 set. 2018.

A título de ilustração, Zaconne traz um exemplo que demonstra como a classe social e o local da ocorrência influenciam na distinção de usuário e traficante:

(...) um delegado do meu concurso, lotado na 14 DP (Leblon), autuou, em flagrante, dois jovens residentes na zona sul pela conduta descrita para usuário, porte de droga para uso próprio, por estarem transportando, em um veículo importado, 280 gramas de maconha (...), o que equivaleria a 280 “baseados” (...) o fato de os rapazes serem estudantes universitários e terem emprego fixo, além da folha de antecedentes criminais limpa, era indiciário de que o depoimento deles, segundo o qual traziam a droga para uso próprio era pertinente.¹¹⁴

Dessa maneira, ao trazer critérios como condições sociais e pessoais, e até mesmo o local da infração, a própria lei cria uma situação de desigualdade em que presume que pessoas em condições vulneráveis são, necessariamente, traficantes, enquanto isso, aqueles que possuem condições mais elevadas se tratam de meros usuários. Assim, o Estado, amparado pela lei, não tem dúvidas de que são as populações mais pobres as responsáveis pelo cometimento desses crimes.¹¹⁵

Essa rotulação da pessoa do traficante pode ser relacionada com o *labelling approach* ou Teoria do Etiquetamento. Sobre essa teoria, Alessandro Baratta alertava que a criminologia busca estudar a criminalidade como uma realidade social, e que na verdade o sistema penal selecionava certos indivíduos para que se atribuíssem a eles um status de criminoso, porque a sociedade assim entende que ele deve ser rotulado.¹¹⁶

Segundo Shecaira:

“É, portanto, a partir do *labelling* que a pergunta feita pelos criminólogos passa a mudar. Não mais se indaga o porquê de o criminoso cometer os crimes. A pergunta passa a ser: por que é que algumas pessoas são tratadas como criminosas, quais as consequências desse tratamento e qual a fonte de sua legitimidade?”

¹¹⁴ ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Revan: 2007. P. 19-20.

¹¹⁵ MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3836.pdf>>. Pag. 3. Acesso em 17 set. 2017.

¹¹⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. P.1

Assim, nos crimes de droga, o Estado não se debruça sobre as razões pelas quais os indivíduos cometem os delitos e, na verdade, se ocupa em rotular determinada camada social da população como traficantes ocasionando uma espécie de controle social por meio dos crimes de droga, encarcerando aqueles que, nos termos da legislação, possuem condições sociais e pessoais desfavoráveis.

Esse encarceramento em massa da população miserável tem ocasionado um Estado de Coisas Inconstitucionais nos presídios brasileiros, que foi inclusive reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 MC/DF, em 2015.

Corroborando com esse quadro o Brasil foi por diversas vezes condenado e várias medidas cautelares foram tomadas por órgãos internacionais em razão das condições de seu sistema prisional. Podem ser citados, a título de exemplo, o Caso do Complexo de Pedrinhas, Caso da Penitenciária de Urso Branco, Caso do Presídio Central de Porto Alegre, Caso das pessoas privadas de liberdade na Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, entre outros.¹¹⁷

Dentre as diversas violações dos direitos humanos que podem ser encontradas dentro o sistema penitenciário o maior problema está ligado a superlotação dos presídios, que inviabiliza a gestão por parte do Estado.

A falta de gerência por parte do Estado cria uma situação favorável para o surgimento de facções e abre espaço para manifestações e rebeliões. A esse respeito, no início do ano de 2017 ocorreu no Brasil uma série de rebeliões por todo o país, em especial na região Norte, em que dentre outros fatores pode-se notar que a superlotação é sempre uma das pautas tragas pelos detentos consistindo em gatilho para que se “estoure” uma rebelião.¹¹⁸

¹¹⁷ MOURA, Raquel Giovanini de. **Crise no sistema prisional, superencarceramento e tráfico de drogas**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 28 mar. 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590500&seo=1>>. Acesso em: 02 set. 2018.

¹¹⁸ AGÊNCIA BRASIL, TV BRASIL E RÁDIOS EBC. **Entenda a crise no sistema prisional brasileiro**. Publicado em 24 de janeiro de 2017. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/especiais/entenda-crise-no-sistema-prisional-brasileiro>> Acesso em: 02 Set. 2018

Nesse sentido, observa-se que um dos presídios em que as rebeliões apresentaram maior complicação, durante a crise de 2017, foi o presídio de Manaus no Amazonas. O Amazonas tem, segundo o INFOPEN de 2016, a maior taxa de ocupação do Brasil com 483,9% de sua capacidade.¹¹⁹

Constata-se, portanto, que essa cultura do encarceramento em massa tem gerado uma superlotação do sistema penitenciário que está em total colapso.

Ao analisarmos a gênese do problema do superencarceramento, é de fácil constatação que a política de Guerra às Drogas está extremamente ligada ao quadro que temos hoje. Isso porque se analisarmos os dados do INFOPEN, o tipo penal que possui maior incidência no sistema penitenciário é o crime de Tráfico de Drogas, sendo responsável por 28% do encarceramento de pessoas no país, e em se tratando das mulheres alcança-se a cifra de 62%.¹²⁰

Ademais, o percentual aumentou de maneira exponencial com o passar dos anos. Em 2007 o tráfico representava 15% da população carcerária. Em 2011 passou para 24%, uma mudança substancial, e alcançando os 28% em 2016.¹²¹

Demonstrando esse quadro, o INFOPEN-Mulheres 2018, demonstra preocupação com a seletividade penal realizada nesses crimes, em especial, porque no caso da população carcerária feminina a situação é ainda mais grave, visto que mais da metade das mulheres estão presas por tráfico de drogas:

“A seletividade penal pode ser compreendida a partir da baixa participação de outros tipos penais na distribuição total de incidências, o que indica que o aparato punitivo do Estado encontra-se voltado para a repressão a determinados tipos de crimes (a saber: crimes patrimoniais e crimes ligados ao tráfico de drogas) e ao encarceramento de determinados grupos sociais, como foi demonstrado ao longo de toda a seção dedicada ao perfil da

¹¹⁹ **INFOPEN 2016** – Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. Disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em 16 maio 2018.

¹²⁰ Ibid. INFOPEN, 2016.

¹²¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 201.

população prisional neste relatório, em detrimento de outros tipos penais e grupos sociais envolvidos em delitos.”¹²²

Assim, o levantamento demonstra que o maior responsável pelo inchaço do sistema carcerário é o hiperencarceramento dos crimes de drogas. A Lei 11.343/2006 trata com extremo rigor os “traficantes” e impede que eles sejam beneficiados por uma série de medidas que poderiam levar ao alívio do sistema.

Nesse sentido, a pesquisa mostra que desde o ano de 2006, ano em que a lei entrou em vigor, até 2016, houve um aumento da taxa de aprisionamento de aproximadamente 150%.

A Lei de drogas contribuiu abruptamente para o contexto de caos que se instalou no sistema penitenciário brasileiro. Salo de Carvalho sustenta que o punitivismo nacional tem como referência o tráfico de drogas.¹²³

O superencarceramento impede que se trabalhem políticas voltadas ao melhoramento da situação carcerária. A esse respeito o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) pontuou:

“O superencarceramento é fator que impede a realização de trabalhos efetivamente ressocializadores no ambiente prisional; desvia recursos importantes que poderiam ser direcionados para atividades e iniciativas de reinserção no mercado de trabalho, e desgasta os trabalhadores da administração prisional”¹²⁴

Assim, o discurso propagado pela atual legislação gera exclusão social e inclusão prisional, contribuindo para o aumento exponencial da população carcerária.

Ao se analisar as duas principais condutas da Lei existe uma enorme discrepância entre elas: uma de menor potencial ofensivo, enquanto a segunda é um

¹²² **INFOPEN-Mulheres 2018** – Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf> Acesso em 02 set. 2018.

¹²³ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 201.

¹²⁴ IBCCRIM; CNBB; AJD; CEDD/UNB. **Caderno de propostas legislativas: 16 medidas contra o encarceramento em massa**. 2017. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/16MEDIDAS_Caderno.pdf> Acesso em: 02 set. 2018. P. 16.

crime equiparado a hediondo, sendo que a distinção entre elas é feita no meio de uma ausência completa de critérios objetivos.

A Lei de Drogas tinha como proposta, de acordo com o artigo 1º, prevenir o uso indevido, direcionar o usuário para o sistema de saúde por meio de uma política de redução de danos, reinserindo socialmente esse indivíduo, bem como atuar na repressão do tráfico.

Ocorre que, por meio da política aplicada não foi possível atingir os objetivos da Lei, de forma que não houve redução, mas sim um aumento do encarceramento, o que demonstra que a política de redução de danos não está sendo alcançada e que o usuário não está sendo de fato deslocado para o sistema de saúde, tampouco houve diminuição no consumo de drogas.

Márcia Lucia Karam afirma:

“Ao contrário, nesses anos todos, as arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas foram se tornando mais baratas, mais potentes, mais diversificadas e muito mais acessíveis do que eram antes de serem proibidas e de seus produtores, consumidores serem combatidos como “inimigos” nessa nociva e sanguinária guerra”.¹²⁵

Assim, essa política não atinge os objetivos pretendidos e sobrecarrega um já atolado sistema penitenciário com pessoas que não precisariam estar lá e poderiam ser alvo de uma política diferenciada e mais eficaz.

Fato é que a legislação atual aliada com a política aplicada pelas agências de controle nasceram destinadas a fracassar, no momento em que não foi capaz de estabelecer uma política que enxergasse com olhar clínico o usuário. Assim como o esperado, fracassaram.

Na realidade, o tráfico é uma empresa que trabalha com lei da oferta e da procura. Enquanto houver procura, haverá oferta. O Estado falhou no momento em que não foi capaz de perceber que a chave para esse impasse que se arrasta durante anos no nosso país é olhar a figura do usuário não com um olhar penal e sim considerando a questão de fato como uma questão de saúde pública. Somente

¹²⁵ KARAM, Maria Lucia. **Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais**. Disponível em: <[\[Digite texto\]](http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/72_Proibi%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20drogas%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direitos%20fundamentais%20%20Piau%C3%AD.pdf?1376532185.>> Acesso em: 02 set. 2018</p></div><div data-bbox=)

tratando o consumidor será possível enfraquecer o mercado na situação que se criou.

Sergio Seibel destaca:

“Desde que a atual Lei sobre Drogas (11.343/2006) entrou em vigor, o número de presos por crimes relacionados às drogas no Brasil dobrou. A falta de clareza na lei está levando à prisão milhares de pessoas que não são traficantes, mas sim usuárias. A maioria desses presos nunca cometeu outros delitos, não sendo criminosos a priori, não tendo relação com o crime assim chamado “organizado” e portavam pequenas quantidades de droga no ato da detenção para seu próprio consumo.”¹²⁶

Assim, diversas pesquisas vêm demonstrando que o perfil dos presos que enchem as penitenciárias brasileiras é exatamente os que são alvo de uma política seletiva que direciona suas ações para pessoas que possuíam pouca quantidade de droga somente por estarem em condições vulneráveis, contribuindo com o superencarceramento e com o aumento do poder das facções aliadas ao tráfico.

Uma pesquisa de 2011 do Núcleo de Estudos de Violência da USP, mostra que dos casos em que pessoas eram presas em São Paulo por tráfico de drogas, em 62% das vezes portavam menos de 100g de drogas sendo que 80,6% dos detidos eram réus primários. Essa mesma pesquisa apontou que 74% dos casos tinha apenas o policial como testemunha. Constatou ainda que a prisão provisória, que deveria ser a exceção, nos crimes de tráfico de droga era decretada em 89% dos casos, contribuindo para o superencarceramento antes mesmo da condenação.¹²⁷

¹²⁶ SEIBEL, Sérgio. **A lei 11.343/2006 e o impacto na saúde pública**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4744-A-Lei-113432006-sobre-drogas-e-o-impacto-nasaude-publica> Acesso em: 02 set. 2018.

¹²⁷ NEV/USP – **Prisão Provisória e Lei de Drogas. Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo**. 2011. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>> Acesso em: 02 set. 2018.

Outra pesquisa realizada por Marcelo Campos no ano de 2015, em duas regiões da cidade de São Paulo, concluiu que 75% das pessoas eram incriminadas com até 25g.¹²⁸

Em outra pesquisa realizada pela Universidade de Brasília conjuntamente com a Universidade Federal do Rio de Janeiro sobre a atuação do Poder Judiciário de ambos os estados nos processos de crimes de drogas concluiu-se que: a) eram condenados mais pobres do que ricos, sendo que as penas dos primeiros eram maiores; b) negros eram mais condenados a crimes de tráfico de drogas do que brancos; c) existia uma discriminação social patente no sistema de Justiça desses estados.¹²⁹

A pesquisa aponta que:

“Sob esse aspecto, o formato da lei penal parece contribuir para tal ocorrência, quando estabelece tipos abertos e penas desproporcionais, pois concede amplos poderes ao policial, tanto para optar entre a tipificação do uso e do tráfico, como ao não diferenciar entre as diversas categorias de comerciantes de drogas. O resultado dessa equação é que o Poder Judiciário, além de aplicar uma lei extremamente punitiva e desproporcional, tem a sua atuação limitada pela corrupção, que filtra os casos que chegam ao seu conhecimento, sendo este um ciclo vicioso que muito tem contribuído para a superlotação das prisões com pequenos traficantes pobres, e para a absoluta impunidade dos grandes.”¹³⁰

Percebe-se por tudo isso, que o sistema penal é seletivo e no que pertine à legislação de entorpecentes essa seletividade é ainda mais acentuada, e está presente não só na aplicação da legislação e nas formas de controle das agências executivas, mas como também na própria letra da Lei.

Ademais, essa postura seletiva dos processos de criminalização tanto primário como secundário é responsável por gerar um superencarceramento que

¹²⁸ CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo**. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2015. p.159.

¹²⁹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Tráfico e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal no crime de drogas**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>> Acesso em 02 set. 2018.

¹³⁰ Ibid. **Tráfico e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal no crime de drogas**. P. 23

assola o sistema prisional e acaba por criar uma situação de extrema dificuldade para se manter investimentos e garantias individuais dos presos, com constantes violações de seus direitos.

As penitenciárias estão cheias enquanto a produção e distribuição da droga não é afetada, aumentando cada dia mais diante da pouca importância e status que as pessoas que estão sendo aprisionadas possuem dentro da estrutura do tráfico.

Por conseguinte, faz-se necessário repensar o modelo proposto de maneira a ponderar alternativas para conter os efeitos devastadores dessa política e optar por uma nova abordagem que seja capaz de lidar com o problema e garantir a integridade dos direitos humanos de classe mais desfavorecidas sem que se negligencie o problema do consumo de entorpecentes.

3.2 Medidas alternativas à atual política

O tráfico de drogas não é um sistema estático, assim também não pode ser a legislação e as estratégias para combatê-lo.

Uma vez reconhecida a falha da atual política e identificando os avanços e transformações que aconteceram no esquema de tráfico de drogas, a legislação precisa evoluir em paralelo, propondo novas soluções que sejam viáveis para de fato tentar reduzir os impactos causados no sistema penitenciário e em consequência garantir dignidade aqueles que são submetidos ao poder punitivo estatal, de maneira que o Estado seja capaz de oferecer uma resposta mais eficaz a sociedade quando um indivíduo for colocado sob sua cautela.

Nessa esteira, visando melhorias na legislação capazes de evitar o encarceramento exacerbado e desnecessário de pessoas que podem ser melhor tratadas, seja por reprimendas mais razoáveis, ou, no caso dos usuários, pelo sistema de saúde, devem ser adotadas medidas legislativas que se mostrem efetivas no âmbito da Lei de Drogas para se possa acabar com um dos principais vetores da crise do sistema prisional que é o superencarceramento.

Algumas medidas capazes de minimizar os reflexos negativos dessa política seriam a descriminalização da conduta do usuário, a obrigatoriedade de [Digite texto]

conversão das penas privativas de liberdade em restritiva de direitos para aqueles que preenchessem os requisitos, a ampliação da figura do tráfico privilegiado para o reincidente que não tenha envolvimento com organização criminosa, a diferenciação das categorias de comerciantes de drogas, a possibilidade de suspensão condicional da pena e, em um cenário mais amplo, uma possível regulamentação do comércio de drogas.

A seguir serão tratadas mais detalhadamente cada uma dessas medidas.

3.2.1 – Descriminalização da conduta do usuário

Inicialmente, cumpre destacar que apesar da conduta do usuário ter passado por um processo de descaracterização a existência do referido tipo penal ainda possui grande impacto no sistema penitenciário.

De fato, o condenado pelo artigo 28 da Lei de drogas, não poderá ser punido com pena privativa de liberdade, ainda que descumpra as medidas a ele impostas na sentença. Nesse caso, o juiz poderá aplicar novas penas restritivas de direitos, mas nunca a privativa de liberdade.

Ocorre que, por mais que o indivíduo não seja submetido a uma pena de prisão, ele estará submetido a todos os demais efeitos de uma condenação penal, como a perda da primariedade.

No momento em que o indivíduo perde a primariedade caso ele venha a cometer qualquer outro tipo de delito poderá ser privado de gozar de benefícios em razão da reincidência, como a diminuição de pena, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, necessidade de cumprir mais tempo de pena para que possa progredir de regime, entre outros, o que significa que passará mais tempo na prisão.

A partir desse quadro é possível ver como a tipificação do crime de uso impacta no sistema penitenciário e corrobora para a superlotação dos cárceres.

Ademais, manter determinada conduta como crime tira por completo o foco da questão que deveria ser o tratamento do usuário e não gerar para ele efeitos penais que estão para muito além do que a ausência de pena privativa de liberdade.

[Digite texto]

Usuários necessitam serem tratados e não rotulados como delinquentes e marginais. É preciso trocar as inócuas medidas repressivas, que são aplicadas hoje, por medidas preventivas efetivamente capazes de evitar o consumo e tratar aqueles que já estão submetidos à dependência.

A Escola Superior de Advocacia da OAB/SE promoveu em 2017 um debate que tratava a respeito do insucesso do combate às drogas, o impacto causado na população carcerária e a necessidade de se buscar medidas legislativas de redução de danos. A respeito da maior eficiência do enfoque de prevenção em relação ao uso de drogas, em um comparativo com as drogas lícitas, pontuou o Coordenador Rodrigo Vasco:

“A emergência de um novo olhar sobre as drogas também se caracteriza por incluir no debate as chamadas drogas lícitas. Ao mesmo tempo em que se preocupam com os efeitos do uso de crack por populações vulneráveis, os especialistas também investigam a questão do álcool como um problema de Saúde Pública no país. Um dos exemplos que inspiram esta virada são as campanhas de regulação da propaganda e do comércio de tabaco das últimas décadas, que conseguiram diminuir consideravelmente o número de fumantes, sem proibir o consumo da substância. Neste universo que se descortina, as campanhas de informação e conscientização ganham muito mais relevância do que a tradicional repressão ao consumidor”.¹³¹

É possível observar que o melhor caminho nem sempre é a repressão, sendo que medidas educativas de informação e conscientização podem ser muito mais efetivas.

Ademais, a punição do usuário viola os princípios mais elementares do direito penal, na medida em que a conduta sequer apresenta potencial lesivo.

Segundo o princípio da lesividade uma conduta só poderá ser penalmente proibida se afetar gravemente direitos de terceiros.¹³²

Sobre esse princípio acrescenta Rogério Grecco que ele possui 4 funções:

- a) proibir a incriminação de uma atitude interna;

¹³¹ ESA – OAB/SE. **Debate: Drogas, Saúde Pública e Sistema Penitenciário**. 2017. Disponível em: <<https://credencial.imasters.com.br/debate-drogas-sade-pblica-e-sistema-penintencirio>> Acesso em: 02 set. 2018.

¹³² GRECCO, apud SARRULE, Oscar Emilio. **La crisis de legitimidade del sistema jurídico penal (Abolicionismo o justificacion)**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998. P. 98.

- b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor;
- c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais;
- d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.¹³³

Assim, percebe-se que a conduta do usuário não excede o seu próprio âmbito, não tendo potencial de causar lesão a bem jurídico de terceiros de maneira que não possui relevância penal, não podendo, portanto, de acordo com o princípio da lesividade ser a conduta alvo de reprimenda penal, visto que o direito não pune a autolesão.

Outrossim, viola ainda o princípio da subsidiariedade, princípio que apresenta limites ao poder incriminador do Estado. O princípio da intervenção mínima preconiza que a conduta só será alvo do direito penal se os outros meios de controle ou sanção não se mostrarem suficientes para inibir aquele comportamento, de maneira que deverá ser reservado ao direito penal apenas os bens jurídicos mais relevantes. O direito penal será a *ultima ratio*.¹³⁴

Patente a desnecessidade de recorrer ao direito penal para tratar determinada conduta que seria muito melhor cuidada por outros meios de políticas públicas que causariam ainda menos danos sociais.

Além disso, o legislador tutela o bem jurídico “saúde pública” por meio desse tipo penal, porém a conduta do usuário não tem potencial expansivo.

Sustentar a manutenção desse tipo penal com base em um possível potencial difusor de substâncias entorpecentes é retirar do indivíduo a liberdade de dispor de seu próprio corpo, transferindo para ele uma tarefa que incumbe ao Estado que é controlar a difusão de drogas. Não existe ofensa à saúde pública quando o indivíduo impacta apenas em sua saúde individual. O mero uso não extrapola a esfera da saúde do usuário.

¹³³ GRECCO, Rogério. **Curso de direito Penal. Parte Geral. Volume 1.** Niterói, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2016. p. 101.

¹³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1.** 13ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo: 2008. P. 13.

Forçosa, portanto, a tentativa do Estado de legitimar a proteção da saúde pública por meio de um tipo penal que trata como criminosos usuários e dependentes ao invés de deslocá-los para o sistema de saúde e que claramente falha na assistência prestada para esses indivíduos.

Acertadamente, pontua Mariana Weigert:

“Após negligenciar a saúde pública à população, o Estado resolve intervir penalmente, legitimado pelo discurso de tutela desta mesma saúde pública, o “bem jurídico” não protegido por excelência.”¹³⁵

Verifica-se, portanto, que a manutenção deste tipo incriminador só colabora para superlotar o sistema, não recupera e não reinsere os usuários, ao contrário, negligencia sua saúde e marginaliza por meio de uma criminalização que atenta contra os princípios mais básicos do direito penal e à liberdade dos seres humanos de disporem de seus corpos.

Dessa maneira, sugere-se que a exemplo do modelo português, belga e espanhol seja descriminalizada a conduta do uso e posse para uso pessoal. O chamado uso não problemático é regulamentado por determinação legal ou administrativa com critérios objetivos pré-estabelecidos para o uso (idade, local, quantidade permitida, etc).¹³⁶

Por fim, está em andamento no âmbito do Supremo o Recurso Extraordinário 635.659 que analisa a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que criminaliza a conduta do usuário.

Até o presente momento 3 ministros já se manifestaram pela inconstitucionalidade do mencionado artigo.

O relator, Ministro Gilmar Mendes, entendeu que no artigo em questão existe um excesso no exercício do poder legiferante na medida em que não atenta para os critérios de razoabilidade e adequação, concluindo pela

¹³⁵ WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. **Uso de drogas e sistema penal: entre o proibicionismo e a redução de danos**. Rio de Janeiro. 2010. p. 86.

¹³⁶ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Tráfico e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal no crime de drogas**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>> Acesso em 02 set. 2018. P. 24.

inconstitucionalidade do artigo 28 que, nas palavras do relator, fere até mesmo o direito à personalidade:

“Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional.”¹³⁷

Os ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso acompanharam o voto do relator para declarar a inconstitucionalidade do artigo 28, porém, esses ministros se manifestaram pela descriminalização apenas da Cannabis (maconha), mantendo a criminalização em relação aos demais tipos.

O Recurso Extraordinário encontra-se em andamento, porém, atualmente o ministro Alexandre de Moraes pediu vista dos autos.

Assim, pela forma como vem entendendo em suas decisões, e até mesmo pelo teor dos votos dos ministros, o Supremo Tribunal Federal mostra que reconhece que a atual política fracassou e só tem gerado encarceramento em massa.

Admite-se que nosso país precisa passar por profundas mudanças em relação a legislação de substâncias tóxicas, de maneira a abandonar o modelo fracassado de guerra às drogas diminuindo o impacto assombroso desse tipo repressivo, em especial no que tange ao sistema penitenciário brasileiro.

3.2.2 – Necessidade de conversão em pena restritiva de direitos nos casos de agente primário.

A privilegiadora constante no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, possibilita a redução de pena de 1/6 à 2/3 nos casos em que os agentes forem primários, possuírem bons antecedentes, não se dedicarem a atividades criminosas e nem integrarem organização criminosa.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659. Brasília, 20 de agosto de 2015. Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>> Acesso em: 02 set 2018.

Esse benefício trazido pelo legislador é um importante mecanismo para se aliviar o sistema, uma vez que as penas cominadas ao *caput* são extremamente elevadas (5 à 15 anos) de maneira que ainda que fixada no mínimo legal já seria capaz de impedir a conversão em restritiva de direitos e o regime aberto, nos termos dos art. 44 e 33 do Código Penal.

Assim, a causa de diminuição de pena constante no §4º é capaz de colocar a pena em um patamar que possibilita ao condenado por tráfico, desde que dentro das circunstâncias descritas, ter sua pena convertida em restritiva de direitos (diante da declaração de inconstitucionalidade da impossibilidade de conversão) e até mesmo que cumpra sua pena em regime aberto.

Com a aplicação desses benefícios retira-se do sistema penitenciário pessoas que não tem a necessidade de estarem lá, aliviando o problema da superlotação.

Ocorre que, o que se observa hoje por parte do Judiciário é uma postura extremamente conservadora no que diz respeito aos crimes de drogas, de maneira que os magistrados aplicam o benefício para reduzir a pena mas não convertem a pena em restritiva de direitos, com base na discricionariedade que lhes incumbem realizar no caso concreto.

Alega-se que as circunstâncias do caso indicam que essa não é a melhor opção, muitas vezes frente a uma completa ausência de fundamentação para tal ou baseados em fundamentações vagas.

Nesse sentido alegou o Ministro Ricardo Lewandowski na votação do HC 118.533, que declarou não ser o tráfico privilegiado crime equiparado a hediondo:

“A grande maioria das mulheres em nosso País está presa por delitos relacionados ao tráfico de drogas e, o que é mais grave, quase todas sofreram sanções desproporcionais relativamente às ações praticadas, sobretudo considerada a participação de menor relevância delas nessa atividade ilícita.

(...)

Reconhecer, pois, que essas pessoas podem receber um tratamento mais condizente com a sua situação especial e diferenciada, que as levou ao crime, configura não apenas uma medida de justiça (a qual, seguramente,

trará decisivo impacto ao já saturado sistema prisional brasileira), mas desvenda também uma solução que melhor se amolda ao princípio constitucional da “individualização da pena”¹³⁸

Reconhece-se, portanto, que nos casos do tráfico privilegiado tratamentos diferentes da prisão melhor se amoldam e se apresentam como mais proporcionais às circunstâncias do caso, além de aliviar o impacto no sistema penitenciário.

Ainda sobre a ausência de conversão por parte do Judiciário em pena restritiva de direitos, a pesquisa realizada pela UFRJ e pela UNB a esse respeito constatou que existe uma verdadeira inversão do ônus da prova nesses casos realizadas pelos Magistrados para fundamentar a não conversão:

“Na pesquisa das sentenças se observou que a Justiça Federal do Rio de Janeiro aplica tal redução com mais frequência, mas a Justiça Estadual ainda tem muitas resistências, o que faz com que haja muitos réus que, mesmo primários, recebem penas mais altas, pelo fato de a defesa não ter conseguido fazer prova negativa de seu envolvimento com o crime. Nesse caso, deveria prevalecer o princípio da presunção da inocência, de forma que somente poderia ser negada a redução quando a acusação provasse o habitual envolvimento do réu primário com outros crimes, mas a sua redação atual é defeituosa.”¹³⁹

Existe uma completa inversão do ônus probante que deveria ser da acusação de provar os fatos contidos na denúncia. Não cabe ao réu fazer prova negativa de sua participação em organização criminosa e sim à acusação provar que ele integra.

Nesse contexto, estamos diante de verdadeira prova diabólica. Prova diabólica é aquela que é de impossível ou extrema dificuldade de produção. Como irá o réu produzir prova negativa de sua participação em organização criminosa? Nesse caso caberá àquele que alega o seu pertencimento realizar a comprovação de determinada situação, em atenção ao princípio do ônus da prova.¹⁴⁰

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 118.533. Voto Ministro Ricardo Lewandowski**. Brasília, 23 de junho de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>> Acesso em: 02 set. 2018.

¹³⁹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Tráfico e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal no crime de drogas**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>> Acesso em 02 set. 2018. P. 24

¹⁴⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, n. 31, 2005.

Assim, a redação do parágrafo é defeituosa, visto que abre espaço para que se dependa da vontade do juiz em aplicar ou não o benefício com base em argumentos vagos, se tornando a conversão de difícil aferição na prática.

A pesquisa sugere ainda penas que seriam mais efetivas nesses casos que gerariam ainda impactos positivos no sistema:

“Considera-se essencial a criação de possibilidades de substituição da pena, nesses casos, por medidas que incluam o comparecimento a cursos de qualificação profissional, e a facilitação da busca por emprego, de forma a conseguir afastá-los do comércio ilícito, pois somente assim se poderia reduzir o impacto negativo do sistema penitenciário sobre a população carcerária.”¹⁴¹

Por consequência, torna-se necessária melhor delimitação da figura do traficante abarcado pelo privilégio de maneira a conferir a necessidade de conversão nesses casos específicos, ou até mesmo a cominação de preceito secundário de pena restritiva de maneira direta nesses casos.

3.2.3 – Ampliação da figura do tráfico privilegiado (art. 33, §4º)

Uma terceira medida que pode ser tomada ainda no que diz respeito ao tráfico privilegiado para desafogar o sistema seria a ampliação dessa figura também para o reincidente.

Sabe-se que, com a atual política o tráfico é um dos crimes que mais influencia na reincidência no país, segundo o IPEA.¹⁴² Isso se dá muito em razão da marginalização causada pelas condenações penais e ausência de reinserção desses indivíduos na sociedade que muitas vezes se recorrem do tráfico por ser uma realidade mais acessível para estes e por seu grande poder de alcance.

Por essa razão, muitas vezes os indivíduos voltam a reincidir no tráfico por razões sociais e não por serem de fatos integrantes de organizações criminosas.

¹⁴¹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Tráfico e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal no crime de drogas**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>> Acesso em 02 set. 2018. P. 25.

¹⁴² **Reincidência Criminal no Brasil. Relatório de pesquisa**. IPEA, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf> Acesso em: 16 maio 18.

Dessa maneira, a ampliação do benefício do tráfico privilegiado a esses indivíduos que são reincidentes, mas não necessariamente integram organização criminosa, é uma medida que alivia o sistema dado que possibilita a redução da pena e a progressão de regime com o cumprimento de um quantum inferior, visto que não será mais um crime equiparado ao hediondo.

O maior problema do tráfico não está nas condutas desses indivíduos que praticam pequenos tráficos e sim naqueles que participam das organizações criminosas e são os responsáveis por toda a produção e distribuição das drogas no país.

Nesse caso amolda-se a figura do traficante-dependente, que pratica o tráfico para sustentar o próprio vício. Apesar de possuir um histórico de traficância, não faz parte da intenção desse indivíduo lucrar com a venda de entorpecentes.

Assim, sugere a pesquisa da UFRJ conjunta com a UNB:

“Independentemente das possibilidades de exclusão ou redução de pena como hoje está previsto no art. 45 da Lei de Drogas, no caso do traficante-dependente sugere-se uma escala penal menor, admitindo-se, ainda, a substituição por penas alternativas, para evitar a marginalização deste tipo de usuário. Destaque-se que o dependente se distingue do traficante-comerciante por praticar o comércio com o único objetivo de sustentar o seu vício, razão pela qual deveria ser tratado de forma mais branda.”¹⁴³

Essa ampliação abarcaria além de pessoas que estão na condição de traficante-dependente aquelas que traficaram eventualmente, esporadicamente, ainda que possuam alguma condenação anterior, permitindo àqueles que não possuem ligação com organizações criminosas e eventualmente voltaram a transgredir sejam alcançados pelo benefício, dando a essas pessoas um tratamento mais proporcional.

No âmbito dos tribunais brasileiros a jurisprudência vem se dividindo entre decisões favoráveis ao enrijecimento da política e decisões que trazem um novo olhar para a política criminal de drogas.

¹⁴³ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Tráfico e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal no crime de drogas**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>> Acesso em 02 set. 2018. P. 25.

No contexto do Superior Tribunal de Justiça, a Terceira Seção do STJ firmou entendimento no sentido de que inquéritos policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de aumento de pena prevista no artigo 33 §4º da Lei de Drogas.¹⁴⁴

Assim, ações penais em curso e inquéritos policiais poderão ser utilizados pelos Magistrados como forma de afastar a benesse do tráfico privilegiado.

Tal entendimento além de impactar diretamente no sistema prisional afronta claramente o princípio da presunção de inocência¹⁴⁵ na medida em que o indivíduo poderá ser prejudicado por uma ação que sequer chegou ao trânsito em julgado, ou, pior ainda, por um inquérito policial que sequer se transformou ou se tem pretensão de se tornar uma ação penal.

Essa postura do Tribunal afronta os princípios constitucionais mais básicos, tratando-se de grave violação dos direitos dos réus de serem considerados inocentes até o trânsito em julgado. Falar-se em inquéritos policiais em que sequer houve formulação de denúncia por parte do titular da ação penal consiste em violação ainda mais grave.

Essa recente orientação do Superior Tribunal de Justiça traz um enorme retrocesso no que diz respeito ao garantismo, com consequências absurdas tanto para os réus como para o sistema penitenciário.

Noutro sentido oposto ao STJ, o Supremo Tribunal Federal vem discutindo e decidindo uma série de questões benéficas e relevantes aos acusados de crimes de drogas.

¹⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial 143109. Brasília 14 de dezembro de 2016. Relator Félix Fischer. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27ERESP%27.clas.+e+@num=%271431091%27\)+ou+\(%27ERESP%27+adj+%271431091%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27ERESP%27.clas.+e+@num=%271431091%27)+ou+(%27ERESP%27+adj+%271431091%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)> Acesso em 02 set 2018.

¹⁴⁵ O princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, consagrado no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O Supremo Tribunal Federal por maioria de votos, na ocasião do julgamento do HC 118.533, reconheceu não ser crime equiparado a hediondo a figura do tráfico privilegiado.¹⁴⁶

Esse reconhecimento contribuiu para o desinchaço prisional na medida em que os eventuais condenados dentro dessa modalidade, ainda que fossem direcionados aos presídios, o que se mostra desarrazoado face ao benefício, poderiam desfrutar de diversos benefícios da execução penal como criminosos comuns e não hediondos, alterando-se assim, a título de exemplo o quantum de pena para progressão de regime e livramento condicional.

3.2.4 – Necessidade de diferenciação das categorias de comerciantes de droga com a consequente atribuição de penas mais proporcionais.

O tráfico de drogas é um fenômeno complexo e, portanto, também precisa ser a legislação.

Nesse sentido, é preciso especificar as condutas abarcadas pela legislação evitando tipos extremamente abertos que cominam a mesma pena para quem fabrica e para quem oferece, como se tem hoje no *caput* do artigo 33.

Da maneira como se está disposto hoje existe uma enorme falta de proporcionalidade na aplicação das penas, visto que a reprovação penal não deve ser a mesma para aqueles que estão no topo da cadeia de produção e para aqueles que estão na base.

Entende-se que nesse caso se faz necessário um maior preciosismo legislativo para realizar um trabalho de distinção de condutas, visto que por mais que o lapso temporal entre o máximo e mínimo da pena permita a realização dessa individualização por meio da dosimetria da pena, o que se tem hoje é que tamanha discricionariedade conferida pelo legislador aos Órgãos do Judiciário, tem levado ao encarceramento em massa de pessoas que não necessitariam de tamanha reprimenda.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 118.533. Brasília, 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998> > Acesso em 02 set 2018.

Em decorrência do atual cenário, entende-se por necessário que se realize o desmembramento do artigo 33, a fim de se atribuir preceitos secundários diversos de acordo com o nível de participação e da conduta empregada.

A pesquisa sobre Tráfico, Constituição e Sistema de Justiça Criminal aponta:

“No presente estudo, percebeu-se a complexidade do fenômeno do comércio de drogas ilícitas, e suas particularidades de uma estrutura hierarquizada que segue modelos organizacionais locais distintos, e envolve diferentes graus de participação e importância. O estudo aponta para diferentes papéis nas “redes” do tráfico, desde as atuações mais insignificantes até as ações absolutamente engajadas e com domínio do fato final, porém o tipo penal não acompanha essas diferenças.”¹⁴⁷

A exemplo dessa necessidade de distinção dos níveis de traficância, a pesquisa realizada por Marcelo Campos para sua tese de doutorado também concluiu que as penas em sua maioria são aplicadas aos pequenos traficantes e não aos narcotraficantes. De maneira que as reprimendas penais estão direcionadas ao pequeno comerciante.¹⁴⁸

A título de exemplo, a legislação alemã possui essa divisão dos tipos penais de acordo com a conduta praticada. Na Alemanha, o indivíduo que pratica uma “conduta básica de tráfico” poderá pegar até 5 anos de pena, na contramão, aqueles que praticam condutas com elevadas quantidades aliada a outros fatores, condutas que não são consideradas “insignificantes” possuem uma reprimenda diversa, podendo ter uma pena de 1 a 15 anos.¹⁴⁹

Assim, é preciso que existam condutas distintas de acordo com o efetivo grau de participação desse acusado na rede do tráfico a fim de evitar que, a título de exemplo, um “vapor” seja enquadrado no mesmo tipo penal que o “gerente de vendas”.

¹⁴⁷ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Tráfico e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal no crime de drogas**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>> Acesso em 02 set. 2018. P. 24.

¹⁴⁸ CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo**. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2015. p.174.

¹⁴⁹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Tráfico e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal no crime de drogas**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>> Acesso em 02 set. 2018. P. 25.

Essa diferenciação é necessária diante da complexidade do tráfico, que demanda uma legislação mais específica para evitar a aplicação de penas desproporcionais, deixando pessoas dentro do sistema penitenciário mais tempo do que o necessário para se alcançar as funções da pena e abarrotando os presídios.

3.2.5 – Possibilidade de suspensão condicional da pena.

De acordo com o artigo 44 da Lei de Entorpecentes é vedada a concessão de suspensão condicional da pena aos crimes do *caput* e §1º do artigo 33 e do 34 ao 37:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e **insuscetíveis de sursis**, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.¹⁵⁰ (grifos nossos)

Assim, o condenado por esses crimes não poderá, ainda que preenchidos os requisitos para tanto, obter a suspensão condicional de sua pena, importante instituto para diminuir o inchaço prisional.

Por essa razão, é necessário que tal parte do dispositivo seja revista, possibilitando aos condenados por esses crimes que, caso preencham os requisitos do artigo 77 do Código Penal¹⁵¹, possam ser beneficiados por essa suspensão.

Importa destacar, que a análise do mencionado dispositivo consta ainda a vedação a liberdade provisória.

¹⁵⁰ 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 10 abr. 18

¹⁵¹ Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. § 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. § 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

Todavia, em uma importante decisão tomada pelo Supremo em relação à legislação de entorpecentes foi declarada a inconstitucionalidade parcial do artigo 44 que proibia a liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas.¹⁵²

Esse dispositivo era manifestamente contra a presunção de inocência e o devido processo legal, na medida que impunha ao indivíduo preso em flagrante que respondesse o processo preso pela simples natureza do delito cometido sem que se analisasse a presença dos requisitos tragos pelo Código de Processo Penal como essenciais para a decretação de prisão preventiva, uma vez que a prisão é a exceção e a liberdade é a regra.

Essa possivelmente foi uma das decisões com maior impacto no sistema penitenciário visto que hoje os presídios encontram-se lotados de presos provisórios sendo eles a maioria da população carcerária.

Como demonstrado no decorrer do trabalho, os juízes ainda possuem uma postura rígida em relação a liberdade provisória nos crimes de tráfico e a maioria dos réus respondem ao processo preso, todavia, impedir por absoluto essa concessão engessava a postura até do juiz que entendesse ser cabível no caso específico a liberdade provisória, estando ele obrigado a decretar a prisão preventiva, agravando o fenômeno do superencarceramento.

Ainda que esse dispositivo tenha sido declarado inconstitucional e relativizado seu impacto no sistema é possível deslumbrar por meio dele como a atual legislação é extremamente rígida em seus dispositivos contribuindo exponencialmente para o aumento do fluxo de pessoas encarceradas.

Resta, porém, a vedação ao *sursis*, que ao impossibilitar de maneira absoluta essa suspensão, violando, ao nosso modo, de ver o princípio da individualização da pena, obsta que seja aplicada à benesse até mesmo àqueles condenados que preenchem os requisitos formais para tanto.

Assim, mais uma vez em uma postura rígida o legislador impediu que fossem aplicados benefícios que são de extrema importância não só para se

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 104.339. Brasília 10 de maio de 2012. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3900686>> Acesso em 02 set 2018.

adequar à reprimenda ao caso concreto, como acabou por via de consequência afastando a utilização de um mecanismo importante para se evitar o encarceramento em massa.

3.2.6 Regulamentação do comércio

Em relação a regulamentação do comércio de drogas, essa é uma questão que ainda precisa ser reiteradamente debatida pelo poder Executivo e Legislativo, sendo necessário que se crie uma série de medidas atreladas a regulamentação para que se alcance um resultado positivo.

De fato, compreende-se que essa medida seria a com maior potencial de aliviar o sistema penitenciário, uma vez que de todas elas é a que mais enfraquece o tráfico, visto que hoje os usuários só podem recorrer ao comércio ilegal para adquirir entorpecentes não lhe restando outra opção e fortalecendo assim a estrutura do tráfico e por via de consequência aumentando o número de pessoas presas em razão desse crime.

Porém, nesse momento não se vislumbra como possível a regulamentação desse comércio devido à ausência de planejamento e preparação estatal para tanto, de maneira que entende-se por eficaz ainda que provisoriamente as medidas sugeridas anteriormente.

Porém, a longo prazo é necessário que o Estado estude medidas capazes de regulamentar esse comércio, pois uma vez que é um direito do cidadão dispor de sua saúde fazendo uso de entorpecentes é preciso que o Estado forneça a ele meios lícitos de realizar esse consumo.

Ademais, assim como ocorre no caso de drogas lícitas, como o álcool e o cigarro, ao fornecer aparato para uso dessas drogas o controle do Estado aumenta, e aliado a campanhas de conscientização e educação é possível controlar o uso desses entorpecentes, a exemplo do que ocorreu com o cigarro.

Assim pontua Rodrigo Vasco:

“A avaliação negativa da política de guerra às drogas tem levado à proposição de uma nova política, conhecida como “redução de danos”. Isso significa abandonarmos – por ilusória e impossível – a perspectiva de eliminar as drogas da face da Terra. As drogas, lícitas ou ilícitas, têm sido

uma prática da humanidade desde sempre ao longo da história, e tudo indica que continuará assim. Seu consumo é uma prática cultural fortemente enraizada em todos os continentes. Socialmente falando, não há como viver sem elas. O que é preciso é reduzir os danos que provocam à saúde.”¹⁵³

Diante disso, é preciso desenvolvermos uma nova agenda frente ao fracasso da política de Guerra às Drogas.

A exemplo de países como a Holanda e o Uruguai poderemos desenvolver uma política que regulamente esse comércio.

Ao contrário do que se imagina, esse aparenta ser o melhor caminho para conter o uso de drogas. Para exemplificar, na Holanda a regulamentação do comércio da maconha não ocasionou um “boom” no consumo da erva, ao contrário, a Holanda mantém o consumo paralelo a outros países que possuem práticas repressivas e diminuiu o consumo de drogas pesadas como a heroína.¹⁵⁴

Além disso, a política aplicada pela Holanda teve resultados significativos no sistema penitenciário, sendo o índice de encarceramento da Holanda 7,5 vezes menor do que o dos Estados Unidos. Enquanto na Holanda se tem 100 presos para cada grupo de 100 mil habitantes, nos EUA tem-se 756 presidiários para cada 100 mil habitantes.¹⁵⁵

Assim, diversos estudos, como os realizados pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminas¹⁵⁶ têm relatado como a legalização do comércio de drogas possui um impacto benéfico significativo no sistema penitenciário, ao contrário dos países que insistem em manter a postura da Guerra ao Tráfico que continua sobrecarregando um já sobrecarregado sistema penitenciário e que não oferece benefícios nem para o sistema prisional, nem na diminuição do uso de drogas pela população.

¹⁵³ ESA – OAB/SE. **Debate: Drogas, Saúde Pública e Sistema Penitenciário**. 2017. Disponível em: <<https://credencial.imasters.com.br/debate-drogas-sade-pblica-e-sistema-penintencirio>> Acesso em: 02 set. 2018.

¹⁵⁴ ARAUJO, Tarso. **Almanaque das drogas**. São Paulo: Leya, 2012. P. 250.

¹⁵⁵ Ibid. P. 253.

¹⁵⁶ VALOIS, Luís Carlos; ALMEIDA, Silvio. IBCCRIM. **Políticas de drogas, cultura do controle e propostas alternativas**. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/grupo_trabalho_politica_nacional> Acesso em 02 set. 2018.

3.3 Projetos de Lei em trâmite no Congresso Nacional.

No âmbito da legislação de drogas, existem hoje no Congresso Nacional diversos projetos de lei oriundos tanto da Câmara quanto do Senado para a alteração da lei.

No caminho completamente oposto ao que se é sugerido neste trabalho, existem diversos projetos que pretendem enrijecer ainda mais a legislação, se encontram inúmeros projetos que sugerem até mesmo a revogação da figura do tráfico privilegiado (PL 6284/2016, 1174/2015, 5892/2016, 6315/2013, entre outros).

Existe ainda um projeto de lei de autoria do Deputado Major Olimpio SD/SP, que apesar de não sugerir a extinção do benefício sugere que seja incluída uma série de requisitos a fim de se restringir ainda mais a aplicação da causa de diminuição de pena, pois, para o Deputado, segundo a justificção do projeto, o crime de tráfico de drogas, apesar de ser equiparado a hediondo, possui hoje uma pena demasiadamente branda.¹⁵⁷

Nesse sentido, percebe-se que ainda resiste no Congresso um conservadorismo por parte de determinados grupos em relação à mudanças estruturais na Lei de Drogas que possam de alguma maneira beneficiar os acusados por tráfico.

Essa postura demonstra uma dificuldade em se transpor barreiras necessárias para diminuir os impactos dessa política, em especial no sistema penitenciário, objeto de estudo deste trabalho.

Nesse sentido, caso propostas como essas sejam de fato aprovadas teríamos, na contramão do que é proposto aqui, um aumento significativo de pessoas encarceradas por crimes de droga, sobrecarregando ainda mais o sistema com o enrijecimento dessa política.

Por outro lado, existem grupos dentro do Congresso que têm se mostrado mais abertos ao diálogo no sentido de repensar a atual política.

¹⁵⁷ BRASIL. PL 5688/2016. Câmara dos Deputados. Deputado Major Olimpio SD/SP. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=68B8AA4D42652552B6C92FB6343E3333.proposicoesWebExterno1?codteor=1472132&filename=PL+5688/2016> Acesso em 02 set 2018.

Nessa toada, muitos debates têm se desenvolvido em relação a figura do usuário.

O Deputado Jean Wyllys apresentou um projeto de lei que discute a regulamentação da produção, industrialização e comercialização da Cannabis (maconha), caminhando em um sentido de legalização das drogas.¹⁵⁸

No âmbito do Senado Federal merece destaque o PLS do Senador Valdir Raupp que propõe a alteração do *caput* do artigo 33 para inserir a finalidade comercial como requisito do crime de tráfico de drogas, a revogação do artigo 28 da Lei, que criminaliza a conduta do usuário, estabelece penas restritivas de direitos para réus primários e possibilita o indulto coletivo.¹⁵⁹

O Senador aderiu a proposta legislativa apresentada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, pela Pastoral Carcerária Nacional - CNBB, pela Associação Juízes para a Democracia - AJD, e pelo Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação - CEDD/UnB.

A proposta visa impactar a dinâmica sistêmica do encarceramento em massa no país.

O projeto original formulado pelo IBCCRIM em conjunto com a CNBB a AJD e o CEDD/UnB previa a alteração do artigo 35 da Lei de maneira que a associação para o tráfico se destinasse apenas àquele agente que se associa para a prática reiterada de crimes relacionados à droga, a alteração da causa de aumento de pena do artigo 40, inciso III, para que só se aumentasse nos casos em que os destinatários fossem de fato as pessoas que estão nas imediações do estabelecimento e, por fim, a revogação também das condutas dos artigos 29 e 30.

160

¹⁵⁸ BRASIL. PL 7270/2014. Câmara dos Deputados. Deputado Jean Wyllys. PSOL/RJ. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1237297&filename=PL+7270/2014> Acesso em 02 set 2018.

¹⁵⁹ BRASIL. PLS 150/2017. Senado Federal. Senador Valdir Raupp. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5237671&disposition=inline>> Acesso em 02 set 2018.

¹⁶⁰ IBCCRIM; CNBB; AJD; CEDD/UNB. **Caderno de propostas legislativas: 16 medidas contra o encarceramento em massa**. 2017. Disponível em: . Acesso em: 02 set. 2018

Destarte, a proposta do Senador Valdir Raupp é a que mais se aproxima dos objetivos deste trabalho, visando adotar uma anova agenda de repressão ao tráfico mais condizente com o cenário atual. De maneira que a aprovação do referido projeto de lei resultará em grande avanço não só a repressão do uso de drogas por meio de um viés mais adequado (sanitarista) como também possibilitará uma redução dos exorbitantes impactos negativos que atual política tem gerado no sistema penitenciário nacional.

CONCLUSÃO

Conclui-se com esse trabalho que o Brasil sempre adotou uma política criminal extremamente rígida em relação ao crime de entorpecentes. O legislador considera um crime grave, o equipara a hediondo e as políticas públicas executadas pelas agências de controle vão no mesmo sentido.

Por outro lado, verifica-se que atualmente o sistema penitenciário está completamente caótico, em uma situação que clama por políticas públicas para se alterar o atual quadro. Tem-se discutido medidas capazes de amenizar essa situação a curto e a longo prazo. Um dos problemas mais significantes hoje é o da superlotação, visto que ele ocasiona uma série de outros problemas.

Todavia, diante da análise dos principais vetores encarceradores e do perfil da população prisional, verifica-se que os crimes relacionados à drogas são os que mais impactam nesse sistema, por essa razão para que se repense o sistema penitenciário é necessário se repensar a política criminal de drogas.

Verifica-se que a guerra contra as drogas falhou e que a política aplicada hoje apesar de extremamente rígida é completamente ineficaz, na medida em que não previne o uso, aumenta a criminalidade, pois, não é capaz de prevenir a prática do crime de tráfico, não foca na saúde das pessoas dependentes de drogas e encarcera em massa e, ainda por cima, de maneira extremamente seletiva.

As medidas mais eficazes na diminuição e controle do uso de entorpecentes, visto que é utópico imaginar uma sociedade sem drogas, focam na política de saúde em relação a essas substâncias, buscando a redução de danos, que apesar de prevista na legislação não vem sendo efetivamente aplicada.

A experiência internacional, e até mesmo a interna em relação às demais drogas, como o cigarro e o álcool, demonstra que proibir não é o caminho para diminuir o uso e sim educar.

Os impactos causados pela atual política são desastrosos, principalmente em relação ao sistema penitenciário que aumentou exponencialmente o número de presos após a implementação da referida legislação.

Assim, é preciso repensar a forma de fazer política criminal nesse sentido, e apesar de se admitir que o Brasil não está de fato preparado para uma possível regulamentação da venda de drogas, uma série de medidas podem e precisam ser tomadas no sentido de evitar o encarceramento em massa e seletivo que ocorre hoje.

Desta feita, é preciso que abandonemos a ideia de extremo rigor na punição e passemos a focar em medidas mais eficazes com impactos mais significativos em relação à saúde e não em relação ao sistema carcerário.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL, TV BRASIL E RÁDIOS EBC. **Entenda a crise no sistema prisional brasileiro**. Publicado em 24 de janeiro de 2017. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/especiais/entenda-crise-no-sistema-prisional-brasileiro>> Acesso em: 2 set. 2018

ARAUJO, Tarso. **Almanaque das drogas**. São Paulo: Leya, 2012.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROS, Walter da Silva. **Tráfico de entorpecentes: O poder paralelo no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2002.

BATISTA, Nilo. **Entrevista publicada na Revista Poli n. 29**. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/index.php?Area=Entrevista&Num=67>> Acesso em: 17 maio 2018.

BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. In.: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 80.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, **Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 16 maio 18

BRASIL. **Lei 6.368**, de 21 de outubro 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6368.htm> Acesso em: 02 set 2018.

BRASIL. **PL 5688/2016**. Câmara dos Deputados. Deputado Major Olimpio SD/SP. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=68B8AA4D42652552B6C92FB6343E3333.proposicoesWebExterno1?codteor=1472132&filename=PL+5688/2016> Acesso em 02 set 2018.

BRASIL. **PL 7270/2014**. Câmara dos Deputados. Deputado Jean Wyllys. PSOL/RJ. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1237297&filename=PL+7270/2014> Acesso em 02 set 2018.

BRASIL. **PLS 150/2017**. Senado Federal. Senador Valdir Raupp. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=5237671&disposition=inline>> Acesso em 02 set 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial 143109**. Brasília 14 de dezembro de 2016. Relator Félix Fischer.

Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27ERESP%27.clas.+e+@num=%271431091%27\)+ou+\(%27ERESP%27+adj+%271431091%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27ERESP%27.clas.+e+@num=%271431091%27)+ou+(%27ERESP%27+adj+%271431091%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)> Acesso em 02 set 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 291/DF**. Brasília, 28 de outubro de 2018.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627>>

Acesso em 02 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 104.339**. Brasília 10 de maio de 2012. Disponível em <

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3900686>> Acesso em 02 set 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 118.533**. Brasília, 23 de junho de 2016. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998> >

Acesso em 02 set 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 97.256** . Brasília, 01 de setembro de 2016. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998> >

Acesso em 02 set 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 635.659**. Brasília, 20 de agosto de 2015. Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>> Acesso em: 02 set 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, n. 31, 2005.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo**. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal. 19ª edição**. São Paulo. Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Nova Lei de Tóxico – Das modificações legais relativas à figura do usuário**. Legislação anterior. 2006. Disponível em

<<http://www.oabsp.org.br/noticias/2006/12/07/3962>> Acesso em 18 maio 2018.

CARUSO, Thiago de Brito. **Assaltantes, traficantes e milícias. Teoria e evidência das favelas do Rio de Janeiro**. 2010. Dissertação Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Economia da PUC-Rio. Pontifícia Universidade Católica do Rio de

Janeiro. Disponível em <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0812371_10_cap_03.pdf> Acesso em 18 maio 2018.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **10 anos da Lei de Drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. **INFOPEN 2016**. Disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias1/noticias/infopenlevantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em 16 maio 2018.

Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. **INFOPEN-Mulheres 2018**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf> Acesso em 02 set. 2018.

DORNELLES, Marcelo Lemos. **A natureza jurídica da punição do usuário de drogas no Brasil. Descriminalização, despenalização ou descarcerização?**. Revista do Ministério Público do RS nº 7016. Indd. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325185570.pdf> Acesso em: 02 set 2018.

ESA – OAB/SE. **Debate: Drogas, Saúde Pública e Sistema Penitenciário**. 2017. Disponível em: < <https://credencial.imasters.com.br/debate-drogas-sade-pblica-e-sistema-penintencirio>> Acesso em: 02 set. 2018.

ESCOHOTADO, Antônio. **O livro das drogas: usos e abusos, preconceitos e desafios**. São Paulo: Dynamis editorial, 1997.

FALCONI, Romeu. **Sistema presidencial: Reinserção Social?** São Paulo, SP. Editora Ícone. 1998.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social – a experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GONÇALVES, Marcelo Santin. **Comentários à Lei de Drogas - Lei 11 343/06**. Conteúdo Jurídico. Brasília, 14 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31729&seo=1>>. Acesso em: 04 set. 2018.

GRECCO, apud SARRULE, Oscar Emilio. **La crisis de legitimidade del sistema jurídico penal: Abolicionismo o justificacion**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.

[Digite texto]

GRECCO, Rogério. **Curso de direito Penal. Parte Geral. Volume 1.** Niterói: Editora Impetus, 2016.

HARTMANN, Jackson André Müller; Dullius, Aladio Anastacio. **Análise do sistema prisional brasileiro.** Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10878&n_link=revista_artigos_leitura> Acesso em: 16 maio 2018. Apud. DINIZ, Eduardo Albuquerque Rodrigues. Realidade do sistema penitenciário brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n. 1, nov. 1996. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1008>>. Acesso em: 10 set. 2010. IBCCRIM; CNBB; AJD; CEDD/UNB. **Caderno de propostas legislativas: 16 medidas contra o encarceramento em massa.** 2017. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/16MEDIDAS_Caderno.pdf> Acesso em: 02 set. 2018.

IBCCRIM; CNBB; AJD; CEDD/UNB. **Caderno de propostas legislativas: 16 medidas contra o encarceramento em massa.** 2017. Disponível em: . Acesso em: 02 set. 2018.

IERO, Vincenzo. **Crimes e Mercados: Ensaio em Anticriminologia.** Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

IPEA. **Reincidência Criminal no Brasil. Relatório de pesquisa,** 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf> Acesso em: 16 maio 18.

JESUS, Damásio de. **Manual de Direito Penal.** São Paulo. Atlas, 2004. v. 1.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos juzados especiais criminais anotada.** 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

KARAM, Maria Lucia. **Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais.** Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/72_Proibi%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20drogas%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direitos%20fundamentais%20%20Piau%C3%AD.pdf?1376532185> Acesso em: 02 set. 2018

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Ana Elise Bernal; SOUZA, Ana Paula dos Reis; SOUZA, Mariani Cristina de. **Sistema penitenciário brasileiro:** Origem, atualidade e exemplos funcionais. Disponível em < <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/4789>> Acesso em: 13 maio 2018. P. 3.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano apud BISSOLI FILHO, Francisco. **Punição e divisão social:** do mito da igualdade á realidade do aparthaide social. In Verso e Reverso do Controle Penal: (Des) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva. ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. v. 2.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Usuário ou traficante?** A seletividade penal na nova lei de drogas. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3836.pdf>> . p. 3. Acesso em 17 set. 2017.

MALAGUTI, Vera. **Drogas e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro**. In.: Revista discursos sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Nº. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

MARTIMON, Amanda. Agência de Brasília. **Funap e empresas:** parceria para inserir presos no mercado de trabalho. Governo de Brasília. 2016. Disponível em: <<https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2016/03/27/funap-e-empresas-parceria-para-inserir-presos-no-mercado-de-trabalho/>> Acesso em: 18 maio 2018

MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. **Lei de drogas. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2013.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Tráfico e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal no crime de drogas**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>> Acesso em 02 set. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOURA, Raquel Giovanini de. **Crise no sistema prisional, superencarceramento e tráfico de drogas**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 28 mar. 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590500&seo=1>>. Acesso em: 02 set. 2018.

NEV/USP – **Prisão Provisória e Lei de Drogas. Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo**. 2011. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>> Acesso em: 02 set. 2018.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal:** introdução e parte geral. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas – 5. ed. ver. atual. e ampl.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 7. ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Ordenações Filipinas, Livro V, Título LXXXIX, 1603. Texto Original.

PEDRINHA, Roberta Duboc. **Notas sobre a política criminal de drogas no Brasil: Elementos para uma reflexão crítica.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/roberta_duboc_pedrinha.pdf>. Acesso em 17 set. 2017.

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

RIVAS, Caio. **Ascensão do Tráfico e das Drogas no Brasil.** 2016. Disponível em: <<https://caiorivas.jusbrasil.com.br/artigos/320444306/ascensao-do-traffic-e-das-drogas-no-brasil>> Acesso em: 18 maio 2018.

SAMPAIO, Artur Livônio Tavares. **Seletividade no combate as drogas: lei 11.343/2006.** Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=9430>. Acesso em: 02 set 2018

SANTIS, Bruno Moraes di; ENGBRUCH, Werner. **Evolução história do sistema prisional. Privação de liberdade, antes utilizada como custódia, se torna forma de pena.** 2017. Disponível em <<http://pre.univesp.br/sistema-prisional#.WvjYOYgvzIV>> Acesso em: 13 maio 2018.

SEIBEL, Sérgio. **A lei 11.343/2006 e o impacto na saúde pública.** Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4744-A-Lei-113432006-sobre-drogas-e-o-impacto-nasaude-publica> Acesso em: 02 set. 2018.

SILVA, César Dario Mariano. **Lei de Drogas Comentada.** 2. ed. São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

SILVA, Luiza Gomes da. **Análise histórica do sistema penitenciário:** subsídios para a busca de alternativas à humanização do sistema prisional. 2012. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/an%C3%A1lise-hist%C3%B3rica-do-sistema-penitenci%C3%A1rio-subs%C3%ADdios-para-busca-de-alternativas-%C3%A0-humaniza%C3%A7>> Acesso em: 13 maio 2018

TAKEY, Daniel; VIEIRA, Marly. **Surgimento e evolução do sistema penitenciário brasileiro.** Disponível em: <<http://www.santacruz.br/ojs/index.php/JICEX/article/view/1055>> Acesso em: 13 maio 2018

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VALOIS, Luís Carlos; ALMEIDA, Silvio. IBCCRIM. **Políticas de drogas, cultura do controle e propostas alternativas.** Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/grupo_trabalho_politica_nacional> Acesso em 02 set. 2018.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru.** São Paulo: Schwarc. 1999.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. **Uso de drogas e sistema penal: entre o proibicionismo e a redução de danos.** Rio de Janeiro. 2010.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZALUAR, Alba. **Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas.** Rio de Janeiro: FGV, 2004.

ZIEGLER, Jean. **A Suíça lava mais branco.** Tradução: A Rabaça. Lisboa, Portugal: Inquérito, 1989.