



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

DIOGO VESPASIANO FERREIRA DE LIMA

EFEITOS DO PUNITIVISMO DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL

**BRASÍLIA
2021**

DIOGO VESPASIANO FERREIRA DE LIMA

EFEITOS DO PUNITIVISMO DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Prof. Me. José Carlos Veloso Filho

BRASÍLIA
2021

DIOGO VESPASIANO FERREIRA DE LIMA

EFEITOS DO PUNITIVISMO DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

Orientador: Prof. Me. José Carlos Veloso Filho

BRASÍLIA, 18 DE SETEMBRO DE 2021

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

RESUMO

Trata-se de trabalho de conclusão de curso sobre os efeitos do longo período de criminalização das drogas no Brasil, por meio da pesquisa bibliográfica do seu contexto histórico de formação, além da conformação do discurso punitivista que legitima o proibicionismo, de forma que a intervenção penal é considerada meio essencial para se lidar com as drogas ilícitas. Conseqüentemente, a política criminal de drogas contribuiu para o aumento da população prisional, principalmente, das mulheres, tornando-se marco de referência no punitivismo nacional. Ao mesmo tempo, a prisão passa a ocupar importância estratégica para as organizações criminosas, que disputam o controle do tráfico nacional, em busca dos lucros do mercado ilícito, que causam derivação da criminalidade, em diversos níveis. Na manutenção do proibicionismo, gastam-se bilhões de reais com segurança pública e com as agências de controle penal, porém, as abordagens apreendem, em geral, pequena quantidade de droga, destinada ao varejo e ao consumo. No meio da guerra às drogas, os usuários e dependentes sofrem processo de estigmatização e exclusão, dificultando-se o acesso à saúde e ao judiciário para resolução de conflitos. Em particular, a criminalização mantém a estrutura seletiva das agências repressivas, atingindo-se, na maioria, pretos, pardos e pobres. Observa-se, portanto, que os custos do proibicionismo são desproporcionalmente elevados, tanto os custos econômicos, quanto os sociais e individuais, ressaltando-se a urgência da promoção de políticas alternativas.

Palavras-chave: Política criminal de drogas. Punitivismo. Efeitos do proibicionismo. Seletividade penal. Direito penal máximo.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	5
2	FORMAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL	7
2.1	A transnacionalização do controle penal.....	10
2.2	Estrutura atual da legislação de drogas no Brasil.....	12
3	A BASE IDEOLÓGICA DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS	17
3.1	As fundações do discurso punitivista de repressão às drogas	18
3.1.1	A ideologia da defesa social	19
3.1.2	A ideologia da segurança nacional	20
3.1.3	Movimentos de Lei e Ordem	21
3.2	Drogas: entre o direito penal mínimo e o direito penal máximo.....	22
3.2.1	As funções declaradas do direito penal das drogas	24
3.2.2	A guerra às drogas e o direito penal do inimigo.....	26
4	EFEITOS DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS.....	31
4.1	Custos individuais.....	31
4.2	Efeitos no sistema carcerário.....	32
4.3	Consequências econômicas da criminalização das drogas.....	35
4.3.1	Efeitos do punitivismo no orçamento público.....	36
4.3.2	O valor econômico das drogas ilícitas na derivação da criminalidade.....	40
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	43
	REFERÊNCIAS	45

1 INTRODUÇÃO

O vocábulo “drogas” é utilizado para designar uma série de substâncias psicoativas diferentes entre si, que são agrupadas pelo seu caráter ilícito, tanto cotidianamente quanto juridicamente. Cada substância psicoativa tem seu próprio grau de risco ou, em alguns casos, potencial terapêutico, a depender do modo como afeta os processos psíquicos (percepção, consciência, cognição ou o humor) quando ingeridas ou administradas em um organismo.

Ao agrupar todas as drogas, indistintamente, em uma única categoria, pode-se separar as ilícitas das lícitas (álcool e tabaco), por conveniência. Permitindo-se a construção de um discurso estigmatizante dos atores envolvidos (consumidor ou traficante) e das drogas ilícitas como fonte das mazelas da sociedade. Com a expansão do consumo e da popularidade das drogas, a proliferação de informações equivocadas e fantasiosas contribuíram para a instalação de um pânico moral capaz de legitimar a intervenção penal, instrumento essencial para alcançar a utópica sociedade sem drogas. O temor pelo desconhecido repercute em uma visão universal que não leva em conta as condicionantes estruturais da sociedade brasileira e das particularidades de cada substância, apesar de vários países já apresentarem alternativas viáveis à criminalização de algumas ou todas as drogas.

Portanto, faz-se necessário investigar o discurso que se constrói em torno das drogas, a fim de se analisar a configuração da política criminal brasileira atual, em que consumidores e traficantes são sujeitos ao rigor punitivista. Para, então, dispor dos custos e efeitos da criminalização das drogas, que é responsável por grande parte dos homens encarcerados no sistema prisional brasileiro e a principal causa de encarceramento entre as mulheres. A desproporcional taxa de aprisionamento causada pelas drogas, por si só, será motivo de preocupação para o direito penal contemporâneo, acentuando a incapacidade do proibicionismo lidar com suas verdadeiras consequências.

A metodologia escolhida para abordar o problema é a pesquisa bibliográfica qualitativa da doutrina penal em torno da criminalização das drogas, sob a ótica da Criminologia Crítica, que ao contrário da criminologia tradicional, questiona a construção política do direito penal: porque algumas condutas são proibidas enquanto outras não, ao invés de se preocupar apenas com aquilo que está positivado, busca-se os resultados e a origem de determinada proibição.

Isto é, a criminologia crítica não se delimitará pelas normas definidoras do crime (dogmática penal), buscando-se verificar o desempenho prático do sistema penal e as suas funções ideológicas. A partir do enfoque transdisciplinar, o objetivo é trazer à tona o que está, muitas vezes, oculto. Dessa forma, ao abster-se do papel meramente descritivo das funções

declaradas do sistema penal, a criminologia crítica é indispensável para a análise da política criminal de drogas no Brasil e as suas inúmeras consequências.

Com esse fim, utilizou-se, como base da pesquisa, a obra do criminólogo Salo de Carvalho: *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*, cujo conteúdo permitiu a construção teórica do discurso punitivista, da formação da estrutura normativa de criminalização e repressão às drogas e da disposição dos efeitos causados pela criminalização das drogas.

Para alcançar os objetivos propostos, a primeira parte acompanhará o contexto e a formação da política criminal de drogas no Brasil, dispondo-se de críticas à estrutura normativa atual. Em sequência, será abordada a configuração ideológica de repressão às drogas, que justificam e legitimam o sistema proibicionista apresentado no capítulo anterior. Por último, serão relacionados alguns dos efeitos da criminalização das drogas, advindos de sua base ideológica e estrutura normativa. No entanto, os efeitos do discurso punitivista estão apontados em todo o trabalho, quando pertinentes ao assunto, e não são exclusivos ao último tópico apenas.

2 FORMAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL

No Brasil, a criminalização de determinadas substâncias psicoativas acontece no período colonial, pelo uso das Ordenações Filipinas, que proibiam o porte e o comércio de certas substâncias, conduta passível à pena de multa, à reparação de danos ou à desapropriação.¹ O dispositivo, que usava do termo “substâncias venenosas”, proibia, dentre outros, o ópio, porém, previa exceção para a administração por farmacêuticos habilitados, permitindo-se o uso terapêutico.²

Durante o regime imperial, entre os anos de 1822 e 1889, não houve legislação sobre o tema, sem qualquer menção no Código Criminal Brasileiro do Império de 1830.³

Apenas na República, a criminalização foi reinstituída.⁴ Primeiramente, o Código Penal de 1890 trazia redação semelhante ao código filipino, dispondo-se do termo “substancias venenosas” em seu art. 159, aplicando-se a pena de multa para quem “expôr á venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legitima autorizaçãõ e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários”. As “substancias venenosas” eram definidas no parágrafo único do art. 296, como “toda substancia mineral ou organica, que ingerida no organismo ou applicada ao seu exterior, sendo observada, determine a morte, ponha em perigo a vida, ou altere profundamente a saúde”.⁵

Nas primeiras décadas do século XX, o aumento do consumo de ópio e haxixe, principalmente, nos círculos intelectuais e na aristocracia urbana, incentivaram a edição de novos regulamentos sobre o uso e o comércio dessas e outras substâncias.⁶

O Decreto nº 4.294/21 revogou o artigo 159, do Código Penal de 1890, entretanto, previa conduta bastante semelhante à do artigo revogado.⁷ As drogas continuavam sendo tratadas como “substancias venenosas”, porém, o decreto previa uma pena de prisão, ao invés da pena

¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 47.

² ALMEIDA, Candido Mendes de. **Ordenações e leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Rio de Janeiro: Typhographia do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em: 14 de abr. de 2021. p. 1240.

³ CARVALHO, *Op. cit.* p. 48.

⁴ *Ibidem*, p. 48-49.

⁵ BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Codigo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

⁶ CARVALHO, *Op. cit.*, p. 49.

⁷ BRASIL. **Decreto nº 4.294, de 6 de julho de 1921**. Estabelece penalidades para os contraventores na venda de cocaína, opio, morphina e seus derivados; crêa um estabelecimento especial para internação dos intoxicados pelo alcool ou substancias venenosas; estabelece as fórmãs de processo e julgamento e manda abrir os creditos necessários. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-republicacao-92584-pl.html>. Acesso em: 22 maio 2021.

de multa, para aqueles que portassem “substancias venenosas” com “qualidade entorpecente”, como o ópio, a cocaína e os derivados de ambos. Até então, esse foi o primeiro momento que a norma buscou especificar um tratamento diferenciado para os denominados entorpecentes, impondo-se uma pena mais gravosa.⁸

Durante o primeiro mandato do Presidente Getúlio Vargas, o Decreto nº 20.930 de 1 janeiro de 1932 se dispôs a fiscalizar “o emprego e o comércio das substâncias tóxicas entorpecentes”.⁹ O decreto representou um aceno favorável ao modelo internacional de controle das drogas, pois foi redigido de acordo com o “Comité Central Permanente do Opio da Liga das Nações”, criado na Convenção Internacional do Ópio, de 1925. Em seu art. 1º, o decreto amplia o rol das substâncias entorpecentes, acrescentando-se a folha de coca.¹⁰

Em dezembro de 1932 é publicada a Consolidação das Leis Penais (Decreto nº 22.213/1932), que fez diversas alterações ao Código Penal de 1890, inclusive com nova redação para o anteriormente revogado art. 159, utilizando-se do termo entorpecentes e fixando a pena de multa e prisão, incorporando a modificação feita pelo decreto anterior sobre o tema. Ao mesmo tempo que a “Consolidação das Leis Penais” recodificou a matéria, instituiu norma penal em branco quando exigiu que o tipo penal observasse as “formalidades prescriptas pelo Departamento Nacional de Saude Publica”, centralizando a tomada de decisões em um órgão governamental.¹¹

A direção punitivista dada pela *Consolidação das Leis Penais* passou a delinear novo modelo de gestão repressiva, esforço continuado pela edição dos Decretos nº 780/36 e nº 2.953/38, que autonomizaram as leis criminalizadoras, além do ingresso do Brasil no modelo internacional, com a Decreto-Lei nº 891/38, sendo considerado pelo criminólogo Salo de Carvalho, “o primeiro grande impulso” na luta contra as drogas no Brasil:

[...] embora sejam encontrados resquícios de criminalização das drogas ao longo da história legislativa brasileira, somente a partir da década de 1940 é que se pode verificar o surgimento de *política proibicionista sistematizada*. Diferentemente da criminalização esparsa, a qual apenas indica preocupação episódica com determinada situação, nota-se que as políticas de controle (das drogas) são estruturadas com a

⁸ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; RODRIGUES, Rafael Bulgakov Klock. Breve Análise Dos Interesses E Contradições Ao Longo Da Política Criminal De Drogas No Brasil. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 41–62, 2020. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=asn&AN=145178350&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 12 ago. 2021. p. 44.

⁹ BRASIL. **Decreto nº 20.930, de 11 de janeiro de 1932**. Fiscaliza o emprego e o comércio das substâncias tóxicas entorpecentes, regula a sua entrada no país de acordo com a solicitação do Comité Central Permanente do Opio da Liga das Nações, e estabelece penas. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html>. Acesso em: 22 maio 2021.

¹⁰ KAZMIERCZAK; RODRIGUES, *Op. cit.*, p. 44-45.

¹¹ *Ibidem*, p. 45.

criação de sistemas punitivos autônomos que apresentam relativa coerência discursiva, isto é, modelos criados objetivando demandas específicas e com processos de seleção (criminalização primária) e incidência dos aparatos repressivos (criminalização secundária) regulados com independência de outros tipos de delito.¹²

O Decreto-Lei nº 891/38 foi redigido de acordo com a Convenção de Genebra de 1936, que regulamentou questões à produção, ao tráfico e ao consumo. Em seu artigo primeiro, ampliava-se consideravelmente as substâncias consideradas entorpecentes. No art. 33, o tráfico de drogas já é previsto de maneira semelhante à legislação atual.¹³

A matéria é novamente recodificada com o Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº 2.848/40), em seu art. 281. Houve a tentativa de preservar as hipóteses de criminalização junto às regras gerais de interpretação e de aplicação da lei codificada, após período marcado pela legislação esparsa. Entretanto, com o Decreto-Lei nº 4.720/42 e a publicação da Lei nº 4.451/63, se inicia, com as drogas em geral, amplo processo de descodificação, “cujas consequências serão drásticas para o (des)controle da sistematicidade da matéria criminal (dogmática jurídico-penal)”.¹⁴

Essa guinada repressiva de gerir a política criminal seria incrementada, quando, nos anos seguintes, a maior publicização das drogas repercutiria no âmbito jurídico. Afinal, até 1950, o universo das drogas permanecia, em grande parte, desconhecido. Segundo a criminóloga Rosa Del Olmo:

Nos anos cinquenta, a droga não era vista como ‘problema’ porque não tinha a mesma importância econômico-política da atualidade, nem seu consumo havia atingido proporções tão elevadas. Era muito mais um universo misterioso, vinculado sobretudo aos opiáceos — morfina ou heroína —, próprio de grupos marginais da sociedade, desde integrantes da aristocracia européia, médicos e intelectuais, músicos de *jazz* e grupos de elite da América Latina, até delinqüentes comuns. [...] Nos países da periferia, e concretamente na América Latina, também se associava a droga à violência, à classe baixa e especialmente à delinqüência. Pensar nas drogas era associá-las aos ‘baixos escalões’.¹⁵

¹² CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 50.

¹³ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; RODRIGUES, Rafael Bulgakov Klock. Breve Análise Dos Interesses E Contradições Ao Longo Da Política Criminal De Drogas No Brasil. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 41–62, 2020. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=asn&AN=145178350&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 12 ago. 2021. p. 45.

¹⁴ CARVALHO, *Op. cit.*, p. 51.

¹⁵ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 29.

É nesse contexto de significativo desconhecimento das drogas, que o discurso punitivo é fortalecido com a origem do “primeiro discurso relativamente coeso sobre as drogas ilegais e a necessidade do seu controle repressivo”.¹⁶

Internacionalmente, o modelo ético-jurídico delimitou, sob um viés sociológico, um estereótipo moral do usuário, como pertencente a uma subcultura de indivíduos degenerados e perigosos, com tendência à criminalidade e, conseqüentemente, sujeitos ao controle penal. Já o modelo médico-sanitário era composto da opinião de especialistas, que por meio de suas comissões responsáveis na Organização Mundial da Saúde e na Organização das Nações Unidas, qualificavam as drogas como um problema de saúde pública, a partir de observações e medidas de controle, em termos farmacológicos, médicos e jurídicos.¹⁷

O discurso punitivista será fortalecido com o surgimento dos modelos médico-sanitário e ético-jurídico de repressão às drogas, que, juntos, viriam a influenciar a produção legislativa internacional e nacional, nos anos seguintes.

2.1 A transnacionalização do controle penal

Os anos sessenta foram marcados pela popularização de drogas como a maconha e o LSD, principalmente por estarem inseridas nos movimentos sociais de contracultura, aumentando-se seu consumo e visibilidade.¹⁸ O período, que contou com recordes de apreensão de drogas, deflagrou a difusão dos discursos previamente concebidos.¹⁹ Para os traficantes, ainda que de pequenas quantidades, recairia o peso da culpa, como incitadores ao consumo, em sintonia com o estereótipo de criminoso do discurso ético-jurídico. Em oposição, os consumidores, principalmente de classe média ou alta, seriam, indistintamente, considerados dependentes carentes de tratamento, de acordo com o modelo médico-sanitário. A propagação dos dois discursos, na década de 60, deu origem ao modelo híbrido, médico-jurídico, que serviria para estabelecer a *ideologia da diferenciação*, “tão necessária para poder distinguir entre consumidor e traficante. Quer dizer; entre doente e delinqüente”.²⁰

¹⁶ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 51.

¹⁷ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 30.

¹⁸ CARVALHO, *Op. cit.*, p. 52.

¹⁹ Em 1962 foram confiscados 850 quilos de cannabis na fronteira mexicana, e em 1965 várias toneladas. As autoridades começaram a alertar sobre o crescente perigo da droga. Em 1967, por exemplo, foram confiscadas quantidades incalculáveis de drogas alucinógenas no distrito Height-Ashbury da cidade de São Francisco, onde estavam se concentrando milhares de jovens hippies (OLMO, *Op. cit.*, p. 33-34).

²⁰ *Ibidem*, p. 33-34.

No Brasil, após outorga da Constituição de 1964, é promulgada a Convenção Única de Entorpecentes (Decreto nº 54.216/64), assinada em Nova Iorque no ano de 1961, representando o ingresso definitivo do Brasil no cenário internacional de controle das drogas.²¹ Em seu preâmbulo, o decreto expressa a preocupação com a saúde física e moral da humanidade, sinalizando a internalização do modelo médico-jurídico.²²

Quanto à incorporação do duplo discurso de enfrentamento às drogas, Rosa Del Omo sustenta que:

Na América Latina, no entanto a concepção do consumidor como ‘doente’ teria conseqüências distintas. Se o que se pretendia nos Estados Unidos com esta separação entre ‘delinqüente’ e ‘doente’ era aliviar o consumidor da pena de prisão, nos países periféricos, sem os serviços de assistência para tratamento dos países do centro, o consumidor **se** converteria em inimputável penalmente. Na prática significou que o consumidor era privado de liberdade e da capacidade de escolha ou vontade, e, portanto, sujeito a um controle muito mais forte.²³

É durante o regime militar que a legislação penal de drogas passa por nova descodificação, desta vez, definitiva. A legislação da década de 70 manterá o discurso médico-jurídico da década anterior, usando desta simplificação da realidade para intensificar o processo modelo repressivo.²⁴

Até então, a pena máxima para o crime de tráfico manteve-se em cinco anos, porém, com a Lei nº 5.726/71, que alterou o texto do art. 281 do Código Penal de 1940, teve seu valor elevado para seis anos. No mesmo texto legal, a pena de multa teve seu valor máximo dobrado e o valor mínimo aumentado em cinco vezes, além de prever um rito processual próprio e medidas para prevenção do tráfico e uso das drogas.²⁵

O agravamento das penas seria retomado, quando no ano de 1976, a Lei nº 6.368 estabelece, na política criminal de drogas brasileira, o padrão punitivista que perduraria até os dias atuais, pois, a lei revogou o art. 281, referente ao tráfico, do Código Penal de 1940, e aumentou a pena máxima para 15 anos. A severidade imposta à pena repercutirá na instalação do modelo político-criminal configurador do estereótipo do narcotraficante, como inimigo interno a ser combatido. Salo de Carvalho define, que, neste momento:

²¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 51-52.

²² KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; RODRIGUES, Rafael Bulgakov Klock. Breve Análise Dos Interesses E Contradições Ao Longo Da Política Criminal De Drogas No Brasil. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 41-62, 2020. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=asn&AN=145178350&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 12 ago. 2021. p. 46.

²³ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 37.

²⁴ CARVALHO, *Op. cit.*, p. 57.

²⁵ KAZMIERCZAK; RODRIGUES, *Op. cit.*, p. 47.

A escassez do discurso médico-jurídico no que concernia à densificação do processo de repressão permite a elaboração de sistema preponderantemente jurídico, baseado na severa punição que, não obstante manter resquícios do antigo sistema, cria condições para o nascimento do discurso jurídico-político.²⁶

O Decreto nº 79.388/1977 promulga a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, assinada em Viena, 1971, com diversas medidas de controle ao uso e produção dessas substâncias, inclusive com os parâmetros definidos pela Organização Mundial de Saúde. A publicação do Decreto formalizou a adesão à política estadunidense de “guerra às drogas”, que no discurso do, então, presidente Nixon, qualificava as drogas como o primeiro inimigo público não econômico, enfatizando o consumo como problema fundamental, utilizando-se do discurso médico, relevando outros problemas ao segundo plano, como o das organizações criminosas que usavam o lucro obtido com o comércio ilícito para financiar suas ações.²⁷ O resultado foi a aplicação indistinta das penas ao comércio ilegal, sem diferenciar o atacado do varejo:

Segundo a dogmática penal que enfrentou o tema, é na elasticidade da pena reclusiva, estabelecida (entre 3 e 15 anos), que o magistrado, no caso concreto, dosaria a pena adequando-a ao sujeito incriminado seguindo o método tripartite de aplicação da pena, sobretudo na primeira fase de avaliação de circunstâncias judiciais como a culpabilidade e as consequências do delito. Todavia, a prática forense acabou por revelar aplicação genérica de penalidades severas, sem a diferenciação do pequeno e do grande comerciante de drogas, sobretudo porque a população-alvo da incidência das agências de controle penal acaba sendo, invariavelmente, a juventude pobre recrutada para a prática do pequeno varejo.²⁸

2.2 Estrutura atual da legislação de drogas no Brasil

O processo de redemocratização que culminou na promulgação da Constituição de 1988 possibilitou a oportunidade de redirecionar a abordagem punitivista dispensada às drogas, entretanto, o tráfico de drogas é equiparado aos crimes de terrorismo e tortura, sendo inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, apesar da discordância de alguns constituintes.²⁹ Apesar de progredir em criar um arcabouço jurídico garantidor de direitos fundamentais, particularmente, quanto ao direito penal e processual penal, a Constituição de

²⁶ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 59, 63.

²⁷ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 39.

²⁸ CARVALHO, *Op. cit.*, p. 69.

²⁹ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; RODRIGUES, Rafael Bulgakov Klock. Breve Análise Dos Interesses E Contradições Ao Longo Da Política Criminal De Drogas No Brasil. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 41–62, 2020. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=asn&AN=145178350&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 12 ago. 2021. p. 49-50.

1988 manteve aceso o discurso político-jurídico do proibicionismo, instaurado nas décadas anteriores.³⁰ A Lei nº 8.072/1990, que dispõe sobre crimes hediondos, optou, por definição, distinguir o tráfico de entorpecentes dos crimes considerados hediondos, em seu art. 2º, contudo, destinando iguais restrições.

A Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, assinada em 1988, seria a última convenção internacional sobre entorpecentes, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 154/1991. Representou um passo importante no debate da repressão penal, pois, em seu artigo 3º, §4º, alínea a), o texto prevê que “se apliquem sanções proporcionais à gravidade dos delitos, tais como a pena de prisão, ou outras formas de privação de liberdade, sanções pecuniárias e o confisco”, ao contrário do tratamento previsto na Lei nº 8.072/1990, que impedia a adoção de penas alternativas no caso do tráfico de drogas. Desse modo, os crimes relacionados às drogas, o tráfico e o porte para consumo, ficaram situados em polos opostos, oscilando entre o máximo e o mínimo da resposta punitiva, a depender da gravidade do potencial ofensivo atribuído à cada conduta (movimento criminalizador pendular).³¹

No ano de 2002, é publicada a Lei nº 10.409, primeira a tratar exclusivamente dos crimes relacionados às drogas, desde a Carta Magna de 1988. Contudo, tem a vigência de apenas quatro anos, entrando em vigor apenas sua parte processual, pois, devido à diversas incoerências em seu texto, todo o capítulo que tratava dos delitos e das penas foi vetado pelo Presidente da República. Dentre outras medidas, seu projeto de lei previa a internação compulsória dos dependentes.³²

Até a edição do estatuto que revogaria, em definitivo, a Lei de Drogas de 1976, a legislação esparsa penal é ampliada com objetivo de reprimir as organizações criminosas responsáveis pelo comércio ilícito de drogas, reforçando a influência do proibicionismo na legislação penal brasileira. Dentre elas, a Lei nº 10.792/03, que instituiu o regime disciplinar diferenciado, e o Decreto nº 5.144/04, lei que permite o abate de aeronaves com suspeitas de tráfico de entorpecentes.³³

³⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 251.

³¹ *Ibidem*, p. 254.

³² KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; RODRIGUES, Rafael Bulgakov Klock. Breve Análise Dos Interesses E Contradições Ao Longo Da Política Criminal De Drogas No Brasil. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 41–62, 2020. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=asn&AN=145178350&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 12 ago. 2021. p. 51-52.

³³ CARVALHO, *Op. cit.*, p. 93.

A publicação da Lei nº 11.343/06 revoga o texto de 2002, passando a ser o principal dispositivo que regula a política criminal de drogas atualmente. O novo estatuto mantém e reforça o uso da técnica legislativa decorrente do processo histórico de descodificação penal, capaz de esvaziamento do direito penal e processual penal codificado. No seu texto legal, estão presentes os efeitos do direito penal pós-codificação: a constante utilização de preceitos em branco, de tipos penais vagos e de qualificações genéricas de condutas.³⁴

A utilização da lei penal em branco no novo estatuto é caracterizada pela incorporação do termo genérico “drogas”, além da manutenção de tipos penais abertos com expressões genéricas e imprecisas, por exemplo: “doses excessivas”; “sem autorização” ou “em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, dos arts. 33 e 38 da lei.³⁵ Outra característica mantida é a estrutura pluriverbal da tipificação das condutas, notadamente, nos crimes de porte para uso pessoal e de tráfico: arts. 28 e 33, respectivamente. Tais circunstâncias geram problemas de interpretação, posto que há verbos recorrentes nos dois tipos penais (adquirir, guardar, transportar) e inexistem condutas intermediárias entre as duas tipificações, cujas penas variam entre o mínimo e o máximo da resposta penal. Dessa maneira:

[...] verifica-se a existência de zona cinzenta intermediária cuja tendência, em decorrência dos vícios advindos do dogmatismo jurídico e da expansão do senso comum punitivo, é a de projetar a subsunção de condutas dúbias em alguma das inúmeras ações puníveis presentes nos 18 (dezoito) verbos nucleares integrantes do tipo penal do art. 33 da lei de Drogas, assim como foi a tradição incriminadora durante o longo período de vigência da lei 6.368/76.³⁶

A aprovação da Lei nº 11.343/06 não foi capaz de reverter a política criminal de repressão às drogas brasileira, pois, além de não efetivar a descriminalização de algumas condutas ou drogas, não incluiu figuras privilegiadas ou atenuantes, como: a distinção do comércio atacadista e varejista; do comércio de subsistência; do fornecimento para consumo compartilhado. Para os enquadrados na conduta dos crimes de tráfico do art. 33, a pena mínima ainda será incrementada de três para cinco anos, com a pena máxima mantendo-se em quinze anos.³⁷ Segundo Salo de Carvalho, é:

³⁴ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 255.

³⁵ Art. 33: [...] III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas. [...] Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar [...]

³⁶ CARVALHO, *Op. cit.*, p. 261.

³⁷ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; RODRIGUES, Rafael Bulgakov Klock. Breve Análise Dos Interesses E Contradições Ao Longo Da Política Criminal De Drogas No Brasil. **Revista de Criminologias e Políticas**

Inegável, portanto, a constância do horizonte maximizado de incriminação, circunstância potencializada pela fragmentação e autonomia do direito penal das drogas dos estatutos penais. Percebe-se, no processo histórico, como consequência direta da descodificação, a conversão das leis especiais em direito penal de diferenciado valor. Formam-se microssistemas jurídicos nos quais os rígidos princípios da lei codificada são flexibilizados, quando não absolutamente ignorados, acentuando rupturas com a base garantista do direito penal [...]³⁸

Como amostra de flexibilização, os tipos do art. 33, § 1º, I, II e III e do art. 34, que incriminam atos meramente preparatórios, em desfavor do critério de violação ou do perigo concreto ao bem jurídico.³⁹

Recentemente, tem-se o incremento do punitivismo com a publicação de normas que ampliam a repressão tanto para os consumidores quanto os traficantes. Em relação ao usuário, a medida de internação compulsória é introduzida com a Lei nº 13.840/2019, sendo, de acordo com seu art. 23-A, § 3º, II: “aquela que se dá, sem o consentimento do dependente”. Trata-se de verdadeiro retrocesso, porque foi vetada anteriormente, em 2002, e representa um enrijecimento do discurso médico-sanitário, possibilitando que o dependente, sob circunstâncias não definidas, seja desprovido de liberdade para ser tratado.⁴⁰

No mesmo ano, é publicada a Lei nº 13.694/2019, com um aporte ao art. 33, §1º, inciso IV da Lei nº 11.343/2016, possibilitando a tipificação penal pela pessoa que “vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas” à “agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”.⁴¹ O dispositivo tem como objetivo claro permitir o uso do flagrante preparado pelos agentes policiais, ao contrário do entendimento da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal. Em seu enunciado, dispõe-se que “não há crime, quando a preparação do

Criminais, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 41–62, 2020. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=asn&AN=145178350&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 12 ago. 2021. p. 54.

³⁸ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 256, 262.

³⁹ Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar [...]

⁴⁰ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; RODRIGUES, Rafael Bulgakov Klock. Breve Análise Dos Interesses E Contradições Ao Longo Da Política Criminal De Drogas No Brasil. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 41–62, 2020. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=asn&AN=145178350&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 12 ago. 2021. p. 54-55.

⁴¹ *Ibidem*, p. 55-56.

flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.⁴² De modo similar determina a norma do art. 17, do Código Penal: “não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”.⁴³

Em síntese, verifica-se a manutenção de intervenção penal repressiva aos crimes de tráfico e porte para uso de drogas, fundada na perspectiva distorcida e maniqueísta do discurso médico-jurídico, incorporado pela Lei nº 6.368/76 e fortalecido na Lei nº 11.343/06.⁴⁴ Ademais, a edição das leis nº 13.694/19 e 13.840/19 demonstram o recrudescimento da base ideológica do sistema proibicionista brasileiro.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 145**. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Sessão Plenária de 13/12/1963. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 82. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula145/false>. Acesso em: 23 maio 2021.

⁴³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 maio 2021.

⁴⁴ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 57.

3 A BASE IDEOLÓGICA DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS

A partir do estudo histórico da legislação brasileira de drogas, verifica-se a complexidade do sistema brasileiro de controle de drogas ilícitas. Os 30 anos de vigência da Lei nº 6.368/76, em conjunto ao amplo processo de descodificação do direito penal, intensificada pela quantidade de legislação esparsa sobre a matéria, ratificaram as contradições dos mecanismos de criminalização primária e secundária existentes.⁴⁵

A ambiguidade é nítida no discurso híbrido da Lei nº 6.368/76, que utiliza dos binômios dependência-tratamento e tráfico-repressão, tendo por base um tipo ideal militarizado de repressão às drogas ilícitas. Seu estatuto político-jurídico desencadeou política de repressão integrada entre os planos legislativo, executivo e judiciário na adesão ao projeto global de *guerra às drogas*. A otimização do combate às drogas pelo Brasil, país rota de passagem do comércio internacional, se deu sob a pressão dos países consumidores, resultando na instauração de *guerras internas*, em deflagração do modelo bélico de eliminação das drogas ilícitas.⁴⁶

Ainda que a norma de 1976 reconheça os usuários como adictos, o vínculo dependência-delito tem repercussões jurídicas ao instituir medidas profiláticas de coação direta aquém do tratamento ideal. A lógica sanitarista amplia os espaços de intervenção e impõe tratamentos, inclusive, aos não dependentes, tratados como adictos em potencial, aproximando o sistema de saúde das práticas punitivas de repressão.⁴⁷

Posteriormente, a Lei nº 11.343/06 manteve o sistema proibicionista introduzido na Lei nº 6.368/76, com base na *ideologia de diferenciação*, para estabelecer penas graves aos envolvidos com o tráfico de drogas (ocorrendo a ampliação dos tipos penais e restrição da substituição da pena privativa de liberdade) e a implementação de medidas alternativas para os usuários e dependentes. Perdura, portanto, sistemática repressiva semelhante à da lei anterior: reprimir o comércio ilícito com o discurso de eliminação do traficante, taxado de inimigo interno (discurso jurídico-político), enquanto destina o projeto moralizador de abstinência aos usuários (discurso médico-jurídico). Importante apontar que a consolidação da lógica discursiva diferenciadora é mantida na Lei de Drogas de 2006, em detrimento de projetos alternativos

⁴⁵ CARVALHO. Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 103.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 61, 65, 71.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 67.

contemporâneos à sua edição, como as políticas públicas de prevenção de danos implantadas em outros países e, subsequente, descriminalização da conduta do usuário.⁴⁸

Eis que é indispensável avaliar a base e projeção ideológica configuradora da política beligerante e sanitária de guerra às drogas, como parte do percurso de análise dos desdobramentos da punitividade na política criminal de drogas.

3.1 As fundações do discurso punitivista de repressão às drogas

De acordo com a obra de Salo de Carvalho, o sistema proibicionista no Brasil se sustenta no tripé ideológico representado pelos Movimentos de Lei e Ordem, da Ideologia da Defesa Social e, subsidiariamente, pela Ideologia da Segurança Nacional. Não obstante o processo de redemocratização de 1988 e, subsequente, expectativa de reformular a abordagem punitiva frente às drogas, o discurso ideológico configurador da política-criminal de drogas permaneceu constante às alterações legislativas, ao reconfigurar sua apresentação ao público, tornando-os continuamente relevantes à discussão.⁴⁹

Os preceitos da ideologia de defesa social se tornaram parte da configuração de modelo idealizado de repressão às drogas e, juntamente à ideologia de segurança nacional, foram cruciais para a configuração dos estatutos criminais da Lei nº 6.368/76 e a Lei nº 13.343/06, além das outras leis relacionadas (dos crimes hediondos, do crime organizado, do regime disciplinar diferenciado). Estas duas ideologias integram o fundo teórico do discurso autoritário da política criminal de drogas, enquanto os Movimentos de Lei e Ordem são responsáveis pela propagação do discurso punitivista.⁵⁰

Entre as similaridades que possibilitam uma convergência destas ideologias estão: a lógica maniqueísta e o potencial transnacional, que permitem a implementação do estado de guerra total e permanente contra o crime e o criminoso, por meio das agências repressivas; além da fragmentação sociedade em dois polos antagônicos (pela Defesa Social e os movimentos de Lei e Ordem, entre os cidadãos cumpridores das leis e os criminosos, e, na ideologia da Segurança Nacional, entre blocos políticos formados por diferentes grupos de nações).⁵¹

⁴⁸ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 104-106.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 71.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 78.

⁵¹ *Ibid.*, p. 81-82.

3.1.1 A ideologia da defesa social

A Ideologia da Defesa Social surge no contexto das revoluções burguesas, mas, sua constante remodelagem possibilitou acompanhar o processo de passagem do estado liberal clássico ao estado social, fundando o senso comum teórico sobre o crime, a criminalidade, o criminoso e a resposta punitiva. Trata-se de ideal de punitividade racional e científica, o que legitima a intervenção penal por meio de justificativas de caráter universalista, cujos signos são facilmente disseminados pela opinião pública.⁵²

O criminólogo Alessandro Baratta sintetiza a Ideologia da Defesa Social em uma série de princípios, que explicam a criminalidade e os valores fundamentais considerados dignos da tutela penal da Defesa Social, são eles: princípio de legitimidade, do bem e do mal, de culpabilidade, da finalidade ou da prevenção, de igualdade, do interesse social e do delito natural.⁵³

Os princípios elencados por Baratta se traduzem na ideia de que o Estado tem a legitimidade para reprimir a criminalidade, por meio das instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, judiciário, instituições penitenciárias e socioeducativas), que corroboram a reprovação da sociedade aos comportamentos desviantes individuais e reafirmam os valores e as normas sociais. O delito, então, é expressão de uma atitude interior reprovável (culpabilidade) e um dano para a sociedade (o bem); já o delinquente é um elemento disfuncional do sistema social (o mal). Ainda, a pena serve não só à finalidade retributiva, mas de prevenção do crime e, ao ser aplicada, na ressocialização do indivíduo. Por último, apesar da maior parte dos crimes ofenderem interesses fundamentais (delito natural), aceita-se uma menor parte constituída por crimes que violem arranjos políticos e econômicos (delito artificial).⁵⁴

A perspectiva universalista da ideologia da Defesa Social serve de fundamento otimizado para a beligerância no combate às drogas, ao tratar o drogadito como elemento disfuncional da sociedade e o traficante aquele que é capaz de corromper os valores da sociedade, respaldado pela lógica do discurso médico-jurídico. Sobre o assunto, Salo de Carvalho conclui que:

⁵² CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. CARVALHO, 2016. p. 73-77.

⁵³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 42-43.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 42-43.

A estrutura principiológica da IDS [Ideologia da Defesa Social] permite, assim, ininterrupta (auto)legitimação do sistema repressivo, pois sustenta a ideia de poder racionalizado(r), cujo escopo é a tutela de bens jurídicos (universais) compartilhados por estrutura social homogênea. Ademais, instrumentaliza os aparelhos repressivos determinando atuação letal em oposição frontal ao discurso oficial de proteção dos direitos fundamentais, ou seja, diferentemente de tutelar bens jurídicos e igualizar a repressão, mantém a estrutura hierarquizada e seletiva do sistema de controle social.⁵⁵

3.1.2 A ideologia da segurança nacional

A ideologia da Segurança Nacional surge por volta da década de 1960, devido ao contexto do pós-guerra e da guerra fria, ou seja, da bipolarização global entre leste e oeste. Porém, sua influência subsistirá, no contexto atual, pela sua posterior renovação, na forma do direito penal do inimigo.⁵⁶

Nos países da América Latina, a difusão da ideia de Segurança Nacional aconteceu em meio à pressão pela adesão aos blocos políticos existentes, sendo incorporada pela maior parte do continente. No Brasil, a ideologia da segurança nacional permeia o estado de exceção pós-64, com o pretenso reconhecimento da existência de inimigos, em especial o comunismo, capazes de corromper o modelo ocidental de estado e seus valores morais. Consoante à ideologia da Defesa Social, os dissidentes internos, também, serão declarados inimigos, sejam criminosos políticos ou criminosos comuns. Todavia, ao contrário de buscar a ressocialização do indivíduo, conforme o ideal da Defesa Social, o objetivo passa a ser eliminá-lo.⁵⁷

Uma vez que a designação do criminoso político como inimigo a ser eliminado pelos postulados da Ideologia da Segurança Nacional, somados à autonomia principiológica de identificação da criminalidade comum da ideologia de Defesa Social, foram estabelecidos critérios rigorosos de enfrentamento para aqueles categorizados como adversários internos, sob coação direta de sistemas penais que atuam não só formalmente e administrativamente, mas com ações à margem de legalidade.⁵⁸

Segundo Zaffaroni, *et al*, qualquer criminoso, não só o político, era considerado “uma espécie de traidor em segundo grau da pátria”, por isso:

[...] o delinquente comum era considerado inimigo interno, do mesmo modo que o soldado estrangeiro, na guerra, era considerado o inimigo externo [...]; em qualquer

⁵⁵ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 77.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 72, 81-82.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 83.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 81.

um dos casos o mal do delito tinha de ser retribuído, houvesse ou não necessidade ou periculosidade, porque era necessário por si só (retribucionismo irracional idealista).⁵⁹

A partir da implementação do estado de guerra interna, a lógica militarizada foi consolidada nas estruturas formais de segurança pública pelo treinamento da Polícia Civil e Militar conforme os objetivos traçados pela Ideologia da Segurança Nacional. Na legislação, a ideologia da Segurança Nacional foi corroborada com a criação do estatuto criminal da Lei nº 6.368/76, cuja técnica legislativa incorporou conceitos vagos (norma penal em branco, descodificação dos sistemas de regulação), que permitem maior flexibilidade na atuação polícial estatal.⁶⁰

3.1.3 Movimentos de Lei e Ordem

Os movimentos de Lei e Ordem aparecem no decorrer da década de 1960, originário dos Estados Unidos, e resultaram do pânico moral resultante da popularização dos grupos de contracultura, no mesmo período. Em suas diversas manifestações ao longo das últimas décadas, se caracterizaram por planos de ação concretos para defesa dos valores morais proclamados em nome da tradição judaico-cristã e do modelo tradicional de sociedade ocidental. Foram espalhados, em grande parte, pelos meios de comunicação em massa, pois, ao mesmo tempo que a imprensa é capaz de difundir o temor das drogas e da criminalidade em geral (estado de perigo constante), é, comumente, usada para transmitir o senso comum teórico de que a atuação repressiva penal é o meio necessário para manter a harmonia social.⁶¹

Para Rogério Greco, os movimentos de Lei e Ordem demandam que:

[...] o Direito Penal deve preocupar-se com todo e qualquer bem, não importando o seu valor. Deve ser utilizado como *prima ratio*, e não como *ultima ratio* da intervenção do Estado perante os cidadãos, cumprindo um papel de cunho eminentemente educador e repressor, não permitindo que as condutas socialmente intoleráveis, por menor que sejam, deixem de ser reprimidas.⁶²

A imprensa e, particularmente, a mídia sensacionalista, expõe com frequência os crimes mais danosos (tais quais os contra a vida e contra a liberdade sexual), fixando estereótipo da

⁵⁹ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. 1. p. 608-609.

⁶⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 84-85.

⁶¹ *Ibidem*, p. 85-86.

⁶² GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2020. p. 16.

delinquência e da predisposição à criminalidade, cujo retrato é composto pelos mais vulneráveis às agências punitivas devido à desigualdade econômica e social existente. Dessa forma, a situação de vulnerabilidade dos estigmatizados ocorre independentemente da imprensa, que faz jus ao exercício de divulgação dos fatos, mas é capaz de potencializar o efeito estigmatizador.⁶³

O clamor público dos movimentos de Lei e Ordem é de uma aplicação máxima do direito penal, e dentre suas reivindicações, destaca-se: a redução das garantias processuais (ampliação das possibilidades de prisões provisórias e diminuição do critério de individualização da pena) e a severidade na aplicação das penas (almejando-se a pena perpétua ou capital), enaltecendo o caráter retributivo da pena. Tem-se, portanto, a difusão da ideia de que o direito penal é o único meio capaz de educar a sociedade, com efeitos na constante demanda pela intervenção penal estatal, a deterioração das garantias aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, além da cisão da sociedade entre o bem e o mal.⁶⁴

3.2 Drogas: entre o direito penal mínimo e o direito penal máximo

A base ideológica abordada contribuiu para a configuração de estrutura repressiva de combate à criminalidade, instaurada no Brasil da década de 1960 em diante, com incremento significativo nas décadas de 70 e 80, devido a passagem por governos autoritários, que estabeleceram modelo belicista de gestão da segurança pública. Em relação às drogas, a Lei nº 6.368/76 foi marco decisivo no discurso punitivista, com ampliação dos tipos legais, descodificação definitiva da matéria, utilização de norma penal em branco e o recrudescimento das penas.⁶⁵

Da mesma forma, o estatuto político-jurídico da Lei nº 11.343/06 optou por utilizar o direito penal para tratar extensivamente das condutas relacionadas às drogas ilícitas, tanto dos usuários quanto daqueles ligados ao tráfico, dando a mesma importância para a prevenção e a repressão. O convencimento da sociedade continua sendo feito pela propagação do discurso punitivo pelos meios de comunicação de massa e o senso comum teórico, que justificam as hipóteses criminalizadoras e reforçam os estereótipos de traficante e de dependente (ideologia da diferenciação), dividindo a sociedade entre criminosos e não criminosos, entre o mal e o bem.⁶⁶

⁶³ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 86-87.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 86, 88.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 89-90.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 90, 105, 212, 377-378.

Logo, a política criminal de drogas brasileira utiliza do direito penal como meio essencial para lidar com às drogas ilícitas, ou seja, direciona o discurso punitivista do proibicionismo para aplicação de um direito penal máximo. Como consequência, observa-se insustentável inflação legislativa, notadamente, na ampla descodificação penal e na expansiva quantidade de normas penais esparsas relacionadas ao comércio das drogas ilícitas.⁶⁷

Entretanto, a aplicação rigorosa das normas penais para solução de qualquer dilema social, por menor que seja, com o intuito de reprimir os comportamentos indesejados na sociedade, afasta a aplicação de um direito penal mínimo, cujos princípios deveriam nortear a criação e revogação dos tipos penais. Permitindo-se, portanto, a intervenção do direito penal apenas quando estritamente necessário para a convivência em sociedade, na proteção de determinado bem jurídico concreto e proporcional à gravidade do dano. Dentre esses princípios, estão, o da: dignidade da pessoa humana, intervenção mínima, lesividade, adequação social, legalidade, individualização da pena e proporcionalidade.⁶⁸

Tem-se como exemplo, quanto ao princípio de individualização da pena e da proporcionalidade, a destinação de penas à conduta de porte para uso em acordo com o seu menor potencial ofensivo. Porém, sem critérios rígidos de distinção com o crime de tráfico, a tipificação, no caso concreto, será definida por “circunstâncias nebulosas, de baixa perceptividade e de difícil comprovabilidade”.⁶⁹

A partir da dificuldade de situar a conduta entre os polos opostos da resposta punitiva (mínimo e máximo), mantém-se a incidência vertical (coercitiva) e seletiva das agências punitivas, que realizará sua seleção a partir dos critérios (e desigualdades) da própria sociedade a que está inserida. O processo estigmatizante de criminalização das drogas, quando associado aos mais vulneráveis, desencadeará resposta punitiva desproporcional, “encoberta por uma publicidade tão enganosa e eficaz, que, apesar disto, consegue ‘vender’ a idéia da solução penal como alguma coisa desejável”.⁷⁰ Percebendo-se, desse modo, que a difusão das funções declaradas da política criminal de drogas, no âmbito legal, dogmático e ideológico, possibilitam a perpetuação do discurso punitivista, responsável pela demanda por um direito penal máximo.

⁶⁷ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2020. p. 13, 36, 179.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 30-35.

⁶⁹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 254.

⁷⁰ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói: Luam Ed., 1991. p. 206-207.

3.2.1 As funções declaradas do direito penal das drogas

A construção teórica da política criminal de drogas permite afirmar que houve um processo moralizador e normalizador das políticas proibicionistas, projetando um ideal de abstinência e erradicação das drogas, que dificulta a implementação de políticas públicas saudáveis.⁷¹ Neste contexto, a sociedade passa a acreditar que o recrudescimento das penas, a criação de novos tipos penais incriminadores e o afastamento de certas garantias processuais são hábeis para neutralizar os comportamentos desviantes do padrão invocado pela norma.⁷²

Ao centralizar as ações para solucionar qualquer questão referente às drogas ilícitas, o direito penal assume papel de educador da conduta pessoal, usando a ameaça da pena para desencorajar os comportamentos ditos indesejados, tornando-lhe reconhecidamente simbólico.⁷³

Ponto crucial na legislação penal moderna, o Direito Penal simbólico, segundo o jurista Claus Roxin, é usado para caracterizar dispositivos penais que não geram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que servem à manifestação de grupos políticos ou ideológicos, por meio da declaração de determinados valores ou repúdio a atitudes consideradas lesivas. Em sua crítica, o jurista declara que esse tipo de norma, previsivelmente ineficaz, serve para acalmar os eleitores, demonstrando a preocupação em reprimir certas condutas.⁷⁴

Acerca a legitimidade de tais normas, não se pode afastar todas igualmente, pois os dispositivos penais visam não só punir determinados delitos, também atuam na prevenção geral positiva, finalidade reconhecida do direito penal. Para Roxin, o que define a ilegitimidade de determinada norma simbólica é se, juntamente, com a finalidade de atuar sobre a consciência da população, se revela necessária para a proteção efetiva de uma convivência pacífica.⁷⁵

De modo que, a norma penal, será necessária para garantir uma convivência pacífica na sociedade quando inexistir outras medidas menos gravosas capazes de proporcionar a segurança e a paz jurídica. Pode-se, também, justificar o recuo do direito penal pelo modelo iluminista do contrato social:

Os cidadãos transferem ao Estado a faculdade de punir somente na medida em que tal seja indispensável para garantir uma convivência livre e pacífica. Uma vez que a pena

⁷¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 46 e 106.

⁷² GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2020. p. 12-15.

⁷³ *Ibidem*, p. 12-15, 163, 179.

⁷⁴ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 48.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 47-48.

é a intervenção mais grave do Estado na liberdade individual, só pode ele cominá-la quando não dispuser de outros meios mais suaves para alcançar a situação desejada.⁷⁶

Voltando-se a criminalização das drogas, que, inobstante seus custos, é mantida com o apoio da difusão do estereótipo do “drogado” (usuário-dependente), um elemento disfuncional da sociedade, cuja conduta precisa ser normalizada por algumas das penas restritivas de direito do art. 28 da Lei nº 11.343/06. Entre as penas, a opção por modelo punitivo moralizador é evidente nas medidas educativas previstas, que incluem a admoestação verbal e o comparecimento em programa educativo, além da recente previsão de internação compulsória para tratamento.⁷⁷

Em termos jurídicos, a criminalização da conduta do usuário é injustificável, sob a ótica da principiologia do direito penal, pois viola o postulado da secularização e os princípios da lesividade, da intimidade e da vida privada. Na base do direito penal moderno, a máxima da secularização impõe a separação entre direito e moral, o que é instrumentalizado pela aplicação dos princípios supracitados.⁷⁸

De acordo com o princípio da lesividade, o professor Rogério Greco enuncia que o direito penal só pode “proibir comportamentos que extrapolem o âmbito do próprio agente, que venham atingir bens de terceiros”. Juntamente ao princípio da intervenção mínima e ao princípio da adequação social, o princípio da lesividade integra o conjunto de princípios que permitem a aplicação de um direito penal mínimo.⁷⁹

Para Nilo Batista, o princípio da lesividade, ao proibir a incriminação de conduta que extrapole o âmbito do próprio agente, “veda a punibilidade da *autolesão*, ou seja, a conduta externa que, embora vulnerando formalmente um bem jurídico, não ultrapassa o âmbito do próprio autor; como por exemplo o suicídio, a automutilação e o uso de drogas”.⁸⁰

Enfim, devem ser proibidas apenas as condutas que ofendam ou oferecem perigo concreto à bens jurídicos de terceiro. Por conseguinte, não há legitimidade na criminalização de condutas auto lesivas, que não violam ou arriscam bens alheios. No caso das drogas, o discurso punitivo se justifica por meio de inversões ideológicas, consumidas e propagadas pelos

⁷⁶ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 33.

⁷⁷ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 210-211, 354.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 211.

⁷⁹ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2020. p. 93-95.

⁸⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 92.

meios de comunicação em massa e pelo senso comum teórico, tal qual o pretexto de proteger a saúde pública, que se tornou a principal manipulação interpretativa difundida para esse fim.⁸¹

A jurista Maria Lúcia Karam define que os crimes contra a saúde pública são caracterizados por fatos que ensejam uma expansão do perigo, capazes de atingir a um número indeterminado de pessoas ou pessoas indeterminadas, parte de uma coletividade. Entretanto, na conduta de quem adquire ou tem em posse substância para uso próprio, com eventual prejuízo à saúde, não há expansibilidade do perigo; pois, a destinação individual, segundo o princípio da lesividade, não prejudica bens jurídicos alheios. Desse modo, a conduta do usuário de drogas está situada na esfera de privacidade da pessoa, da mesma forma que as condutas atípicas de autolesão, de tentativa de suicídio e do consumo de álcool e tabaco, no sistema penal brasileiro.⁸² Expõe Salo de Carvalho, que:

A falácia do direito penal de tutela de bens jurídicos serviu apenas como justificativa para a maximização da intervenção punitiva. Especificamente em relação à saúde pública, a incapacidade dos gestores é demonstrada na abstinência histórica em iniciativas elementares. A contrapartida pela omissão na prestação de serviços básicos para efetivação dos direitos transindividuais e coletivos à saúde pública é a constante intervenção penal.⁸³

Não se pretende minimizar ou desconsiderar os riscos à saúde decorrentes do uso de drogas, mas, pelo contrário, admitir sua complexidade. O uso das drogas, como o do álcool, por conta própria, não é, necessariamente, problemático. Porém, para o abuso das substâncias psicoativas, “a inatividade em matéria de criação de programas de recuperação na órbita do direito à saúde é compensada pela ansiedade criminalizadora, sacrificando por ação (penal) e omissão (social) a saúde do sujeito capturado pelas agências de punitividade”.⁸⁴

Desse modo, verifica-se o afastamento entre as funções declaradas pela política criminal de drogas, no Brasil, e as funções reais exercidas pelas agências de punitividade. Ou seja, apesar da Lei nº 11.343/06 insinuar intervenções redutoras de danos, suas medidas acabam sendo consumidas pela lógica punitiva, sem efeitos protetivos concretos.⁸⁵

3.2.2 A guerra às drogas e o direito penal do inimigo

⁸¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 212.

⁸² KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói: Luam Ed., 1991. p. 125-128.

⁸³ CARVALHO, *Op. cit.*, p. 214.

⁸⁴ *Ibidem.*, p. 214, 435.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 190, 377.

Com base na permanência da lógica bélica e sanitarista na política criminal de drogas no Brasil e a cisão entre as funções declaradas e as funções reais exercidas pelas agências penais, percebe-se, que os custos da criminalização são justificados pela “opção por modelos punitivos moralizadores e que sobrepõem os interesses do Príncipe aos princípios (e garantias fundamentais), ou seja, a razão de Estado à razão de direito”. O discurso liberal de proteção dos principais interesses da sociedade (bens jurídicos) se restringiu às funções declaradas do direito penal das drogas, enquanto a beligerância se tornou constante do sistema repressivo, justificando o Estado de exceção permanente, portanto, “a retórica humanista acabou adquirindo papel dissimulador à programação autoritária”. Entretanto:

[...] torna-se absolutamente preocupante quando as funções reais (genocidas) passam a ser defendidas como base de novos discursos oficiais (funções declaradas), pois a transferência da programação real do direito penal do terror [direito penal de emergência deflagrado pelos operadores da estrutura repressiva] ao nível enunciativo potencializa inominavelmente o incremento da violência na nova realidade que se deseja criar.⁸⁶

Nesse sentido, as propostas do direito penal do inimigo e sua forma estatal correspondente (Estado de exceção) estarão conectadas com a repressão histórica e atual das drogas, tal como expresso pela crítica do professor Manuel Cancio Meliá:

[...] quando se introduz uma legislação radicalmente punitivista em matéria de drogas, isso tem uma imediata incidência nas estatísticas de persecução criminal (isto é, não se trata de normas meramente simbólicas, de acordo com o entendimento habitual), e, apesar disso, é evidente que um elemento essencial da motivação do legislador, na hora de aprovar essa legislação, está nos efeitos simbólicos, obtidos mediante sua mera promulgação. E ao contrário, também parece que normas que em princípio poderiam ser catalogadas de meramente simbólicas, possam ensejar um processo penal real.⁸⁷

Consequentemente, o direito penal simbólico identifica não só um fato, mas, também, um autor específico (estereótipo), que não é definido como igual, portanto, digno de exclusão e do punitivismo exacerbado. Em face da união entre o direito penal simbólico e o punitivismo, surgirá o direito penal do inimigo como opção instrumental no proibicionismo.⁸⁸

O direito penal do inimigo surge no final da década de 1990, desenvolvido por Günther Jakobs, como justificativa para a implementação de um verdadeiro estado de guerra, em que as regras devem ser diferenciadas, caracterizando-se em uma das vertentes mais agressivas do

⁸⁶ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 108-109, 210.

⁸⁷ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: Noções e Críticas. 4. ed. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 87-88.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 87-88.

direito penal máximo, e que tinha como principal alvo não determinado fato, mas sim seus autores: membros de organizações criminosas, terroristas e até os criminosos reincidentes.⁸⁹ De acordo com Jakobs:

[...] o Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.⁹⁰

Ao contrário dos movimentos de Lei e Ordem, que não possuíam respaldo teórico para as intervenções autoritárias, as propostas do direito penal do inimigo estabeleceram uma base interpretativa da dogmática penal e suas manifestações (teoria e interpretação da lei penal, teoria do crime e teoria da pena), que fundamentam o punitivismo.⁹¹ Uma vez que, o “indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”.⁹²

Com a fragmentação da sociedade entre pessoas e não pessoas, são criados dois modelos de intervenção punitiva, o direito penal do cidadão (direito penal de garantias) e o direito penal do inimigo, que se caracteriza por três elementos: normas que relativizam, ou eliminam, as garantias processuais, penas desproporcionalmente altas e o adiantamento da punibilidade (prevenção do fato futuro). Então, a probabilidade, mesmo que genérica do dano, legitimaria a intervenção penal desde os atos preparatórios da conduta.⁹³ No ordenamento jurídico brasileiro, tem-se como exemplo a Lei do Abate de Aeronaves, a lei que dispõe sobre as organizações criminosas (Lei nº 12.850) e sobre organizações terroristas (Lei nº 13.260), todas com processos específicos, de caráter excepcional, permitindo, formalmente, a ruptura de certas garantias.⁹⁴

A partir das bases ideológicas da Defesa Social, da Segurança Nacional e dos movimentos de Lei e Ordem, se estabeleceu modelo etiológico-positivista de combate à criminalidade que potencializou o princípio do bem e do mal na sociedade, entre criminosos e não criminosos, porém, com o advento do direito penal do inimigo, a assunção formal desta dicotomia deixou explícito os rumos programáticos aplicados no direito penal:

⁸⁹ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2020. p. 23.

⁹⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: Noções e Críticas. 4. ed. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.p. 36.

⁹¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 110.

⁹² JAKOBS; MELIÁ, *Op. cit.*, p. 35.

⁹³ CARVALHO, *Op. cit.*, p. 100, 111-114.

⁹⁴ GRECO, *Op. cit.*, p. 23.

A beligerância do discurso penal do inimigo reloca as ações de desrespeito à legalidade penal e as ilegalidades toleradas contra os direitos individuais exercidas pelas agências repressivas (direito penal subterrâneo) do plano fático ao discurso de legitimação. Abre espaço, portanto, para a justificação do terrorismo de Estado (direito penal do terror) através da aplicação do direito penal (do inimigo).⁹⁵

A irrefreável ampliação do conceito de inimigo permitirá que sejam agregadas condutas de natureza completamente distintas como o terrorismo, o tráfico de drogas, a imigração ilegal, o tráfico de pessoas e os crimes econômicos. Na América Latina, distante do fenômeno terrorista, a criminalidade organizada do narcotráfico receberá o estigma legitimador do discurso de emergência, cuja permanência será justificada pelas agências repressivas como instrumento na política criminal de guerra às drogas, ou seja:

[...] o processo de naturalização da exceção, com a minimização de direitos e garantias a determinadas (não) pessoas, adquire feição eminentemente punitiva, atingindo diretamente a estrutura do direito e do processo penal, os quais passam a ser percebidos como instrumentos e não como freio aos aparatos da segurança pública.⁹⁶

Ao estabelecer o Estado de exceção permanente, a violência passar a ser legitimada, enquanto o direito e o processo penal deveriam representar barreiras de contenção dos danos constantes emanados dos instrumentos da política repressiva, para Salo de Carvalho: “a tendência é o extravasamento e a perda do controle dos atos do poder”. No contexto atual, a confiança na capacidade da tecnologia penal para solução das drogas resultará em desmedida repressão, normalizada pela naturalização da emergência, transparecendo o apego ao autoritarismo e o punitivismo, tanto dos operadores das agências penais quanto do público (senso comum teórico). Percebendo-se que:

Na tensão entre a crise de segurança individual, vivenciada pela sociedade, que se vê cada vez mais como vítima em potencial, e a falência da segurança pública, apresentada pela incapacidade de os órgãos de Estado administrarem em minimamente os riscos, tentações autoritárias brotam com a aparência de instrumentos eficazes ao restabelecimento da lei e da ordem. No cálculo entre custos e benefícios, o sacrifício de determinados direitos e garantias fundamentais apresenta ser preço razoável a ser pago pela tomada da segurança. Sua assimilação resta ainda mais fácil se estes direitos e garantias a suprimir integrarem o patrimônio jurídico de alguém considerado como inimigo, de outrem considerado como obstáculo ou ameaça que deve ser reputado como ninguém, como não ser.⁹⁷

Por fim, a própria Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), ao reforçar o discurso da ideologia da diferenciação (estereótipo da dependência e do traficante), promove a construção político-

⁹⁵ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 90, 113-115.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 115-117, 119.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 118, 123-125.

criminal do inimigo (narcotraficante), inexistindo limites para seu enfrentamento. A incorporação do modelo transnacionalizado de identificação de inimigos internos no Brasil, dissociado de sua realidade, resultou no Estado de exceção como paradigma de governo, “proliferando a lógica da beligerância e densificando processos punitivos baseados na eliminação, na neutralização e na erradicação dos elementos disfuncionais”, como daqueles envolvidos com o tráfico e as próprias drogas em si.⁹⁸

⁹⁸ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 378-379.

4 EFEITOS DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS

Com o propósito de instrumentalizar o raciocínio do direito penal mínimo em relação às drogas ilícitas, é necessário fazer uma avaliação dos efeitos do proibicionismo, pois, sob o crivo do princípio de intervenção mínima, só poderia ser justificado se a lesão provocada pela conduta reprimida não superasse o custo da criminalização, “devendo ser interpretado extramoralmente”, respeitando-se os postulados da secularização.⁹⁹

Inicialmente, a droga, por si só, produz efeitos primários, que são relativos à natureza das substâncias psicoativas, lícitas ou ilícitas, cujo abuso podem provocar danos físicos ou psíquicos, de acordo com a natureza de cada substância, entretanto, nem todos os efeitos são prejudiciais (levando-se em conta a propriedade terapêutica de algumas).¹⁰⁰ Já os efeitos secundários são decorrentes dos custos sociais da criminalização e podem repercutir em diversos âmbitos, tais quais: individuais (usuários), sistema penal e carcerário, sistema econômico.¹⁰¹

Por isso, nesta etapa final do trabalho, pretende-se dispor dos principais efeitos do proibicionismo, principalmente, àqueles capazes de justificar a aplicação de um direito penal mínimo, que, aliado as ideias da criminologia crítica e do garantismo penal, possibilitarão a construção de modelos voltados a reduzir os danos das drogas e dos custos ocasionados pelo incremento da punitividade.¹⁰²

4.1 Custos individuais

A principal consequência para os consumidores é a sua estigmatização como integrante de uma subcultura criminal, o que pode causar seu isolamento e sua rotulação em uma série de estereótipos, como o da dependência, do delinquente contumaz e propenso à criminalidade. No entanto, o usuário, na maioria dos casos, “consome eventualmente drogas, lícitas e/ou ilícitas, e integra normalmente o sistema produtivo, sendo excepcional a dependência”. Além disso, o usuário não está, necessariamente, vinculado à uma subcultura criminal, mas ingressa à clandestinidade apenas para sanar sua vontade ou dependência.¹⁰³

⁹⁹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 181, 184.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 187.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 188.

¹⁰² *Ibid.*, p. 250.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 186, 188-190.

Em razão da criminalização, o consumo acontece sem a fiscalização mínima necessária de suas condições ou da substância consumida. Dessa maneira, o mercado ilegal não encontra empecilhos na produção de drogas com custo econômico menor ou com maior concentração do princípio ativo (como nos casos: crack e cocaína, haxixe e maconha, heroína e ópio). Situação que repercutirá negativamente na variação da qualidade e do nível de concentração do princípio ativo, fatores responsáveis pelas dosagens excessivas capazes de causar intoxicações graves ou fatalidades.¹⁰⁴

Para os casos de uso abusivo de drogas, a clandestinidade do consumo dificulta o acesso voluntário aos serviços de assistência médica e social, pois, pelos resultados das políticas de redução de danos, demonstrou-se que os dependentes marginalizados têm menor possibilidade de abandonar as drogas do que àqueles integrados à sociedade.¹⁰⁵ As políticas redutoras de danos, permitem, também, o compartilhamento das informações que podem ajudar a manter os usuários seguros, segundo o neurocientista Carl Hart:

[...] os cientistas já estudaram quase todas as drogas populares de recreação em seres humanos. Aprendemos muito sobre as condições em que há maior probabilidade de ocorrerem efeitos positivos ou negativos. Infelizmente, esse conhecimento não é levado ao público, basicamente pela crença irracional de que pode incitar alguém a começar a fazer uso de drogas.¹⁰⁶

Na Lei nº 11.343/06, há a previsão formal de intervenções redutoras de danos, porém, são utilizadas pelo discurso punitivista para reforçar o mito que a criminalização é capaz de impedir o uso de drogas e, conseqüentemente, reduzir a violência em geral. Ao contrário, o que se observa, mundialmente, é que “a proibição diminui apenas moderadamente o consumo enquanto aumenta vertiginosamente a violência”.¹⁰⁷

4.2 Efeitos no sistema carcerário

Um dos maiores custos sociais da criminalização resulta da utilização do direito penal como instrumento na guerra às drogas: o encarceramento em massa. A sistemática repressiva do proibicionismo, instituída pela política criminal de drogas brasileira, fornece o respaldo legal para o incremento da população carcerária, pela: norma penal em branco; ausência de tipos

¹⁰⁴ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 188-189.

¹⁰⁵ *Ibidem.*, p. 227.

¹⁰⁶ HART, Carl. **Um preço muito alto**: a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 314.

¹⁰⁷ CARVALHO, *Op. cit.*, p. 185, 206.

penais intermediários; utilização de termos genéricos e imprecisos; incriminação de atos meramente preparatórios; a elasticidade das penas. Em paralelo, o modelo beligerante de segurança pública e a demanda do público pela intervenção penal constante, como ferramenta indispensável para solução dos problemas sociais, irão agravar a situação prisional brasileira, verificando-se:

[...] o aumento vertiginoso nos índices de encarceramento. Realidade não apenas brasileira, mas compartilhada por grande parte dos países ocidentais imersos no discurso do populismo punitivista. E a política proibicionista, por seu turno, colabora de forma significativa, direta ou indiretamente, para essa maximização do carcerário na sociedade contemporânea.¹⁰⁸

Como consequência, a população prisional brasileira passou por expansão acelerada, notadamente, entre os anos 2000 e 2017, quando a taxa de aprisionamento aumentou em mais de 150%, segundo informações do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN).¹⁰⁹ Conforme os dados apresentados, em 2000, a população prisional era constituída por 233,9 mil presos, passando para 726,35 mil, em 2017. De modo que, em relação à população nacional, a taxa de aprisionamento foi aumentada de 137 presos, a cada 100 mil habitantes, para 350. Portanto, ao se analisar o aumento da população carcerária nas duas últimas décadas, “nota-se que a opção político-criminal autoritária de recrudescimento dos aparelhos punitivos tem obtido êxito no incremento do punitivismo”.¹¹⁰

A política de repressão às drogas contribuiu, significativamente, no aumento da população prisional, principalmente, após a edição da Lei nº 11.343/06, quando o número de encarcerados por tráfico mais que quadruplicou. Em 2005, havia 32,8 mil condenados pelo crime e, cinco anos depois, o tráfico já era responsável por 125,7 mil dos presos.¹¹¹

Nota-se que o tráfico de drogas foi responsável por parcelas cada vez maiores da população prisional, representando a segunda maior causa de privação de liberdade em 2017, com 29,26% da população carcerária masculina, atrás apenas dos crimes de roubo, que ocupavam 31,88% das causas, ainda 14,15% foram presos por furto e 12,19% por homicídio.

¹⁰⁸ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 198.

¹⁰⁹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: atualização junho 2017, 2019. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos>. Acesso em: 8 ago. 2021. p. 9, 12.

¹¹⁰ CARVALHO, *Op. cit.*, p. 199.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 201-204.

Para as mulheres, o aprisionamento por drogas mostra-se exacerbado, pois, figura como a principal causa, representando 64,48% da população carcerária feminina no mesmo ano.¹¹²

Os dados permitem apontar a relação indissociável entre o punitivismo nacional e a política criminal de drogas, como conclui Salo de Carvalho:

[...] a política de repressão ao tráfico de entorpecentes representa o carro-chefe da política criminal brasileira, ultrapassando os limites estritos da incidência no plano prisional para conformar regras e metarregras de compreensão do funcionamento das agências de punitividade (v.g. Polícia, Ministério Público, Judiciário e Administração Carcerária).¹¹³

Em se tratando de custo social, não há faceta mais perversa do que a seletividade exercida pelas agências de punitividade, cujos reflexos, na composição da população carcerária, revelam a manutenção e, possível, alargamento das desigualdades econômicas e sociais da sociedade brasileira. Dentre as pessoas privadas de liberdade, a seletividade penal quanto à cor de pele e classe social é notável.¹¹⁴ Na análise da população prisional, em 2017, a maioria era de negros, representando 66,69% da população prisional, destes: 49,88% eram pardos e 16,81% pretos, à medida que representam fatias menores na população total, de 46,8% e 8,6%, respectivamente. Em relação a escolaridade, percebe-se que mais da metade das pessoas encarceradas possuem baixa escolaridade: destes, 88,78% não completaram o ensino médio. Todavia, a população brasileira possui uma distribuição mais diversificada, em que 59,8% possuem, pelo menos, o ensino fundamental completo, e 26,8% completaram o ensino médio.¹¹⁵

A seletividade na clientela do direito penal é observada em dois momentos: na criminalização primária e secundária. Na criminalização primária, as normas penais selecionam determinados comportamentos sociais, que, em tese, são ofensivos a bens jurídicos. Estando a lei em vigor, seu descumprimento permite ao Estado valer do *jus puniedi*, para investigar, processar e condenar o transgressor do comportamento tipificado penalmente.¹¹⁶

O processo de seleção, portanto, ocorre desde a edição da lei, na prevalência de valores de determinados grupos sociais dominantes, como a cruzada contra às drogas. Posteriormente,

¹¹² BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: atualização junho 2017, 2019. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos>. Acesso em: 8 ago. 2021. p. 46.

¹¹³ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 201.

¹¹⁴ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2020. p. 157-158.

¹¹⁵ BRASIL. *Op. cit.*, p. 32, 34-35.

¹¹⁶ GRECO, *Op. cit.*, p. 157.

a aplicação da lei penal desencadeia novo processo de seleção.¹¹⁷ De acordo com a crítica histórica do filósofo Michel Foucault:

[...] seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma; que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada à desordem [...]¹¹⁸

A seletividade é estrutural, ou seja, está presente em todo âmbito de atuação do poder punitivo e com ramificações nos crimes relacionados ao tráfico e ao porte de drogas. O discurso punitivista intensifica o processo de seleção, com a promoção de estereótipos capazes de, desde a autuação, criar um filtro criminalizador que justifica a abordagem, principalmente, em áreas mais pobres. Além disto, predomina a ausência de defensor privado nas audiências para tratar dos processos referentes às drogas, em evidência à situação financeira daqueles afetados pelo controle penal do uso de drogas e, portanto, mais vulneráveis à incidência das agências punitivas.¹¹⁹

Enfim, de acordo com todos os dados apresentados, “é possível sustentar a hipótese de que alteração específica no rumo da política proibicionista no campo das drogas modificaria, por si só, o triste quadro de exclusão social e inclusão prisional que marca a política (criminal) brasileira contemporânea”.¹²⁰

4.3 Consequências econômicas da criminalização das drogas

Sobre as consequências econômicas da criminalização, existem duas situações preocupantes do ponto de vista criminológico: os altos custos de manutenção do sistema repressivo e a variação no preço das drogas ilícitas.

Do ponto de vista mercadológico, “a ilegalidade cria mercado extremamente lucrativo no qual os maiores prejudicados são os consumidores”, sendo a criminalização beneficiária para os detentores do mercado de drogas. Já, para as despesas públicas, a criminalização representa

¹¹⁷ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2020. p. 157.

¹¹⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: Nascimento da prisão. 42. Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p. 270.

¹¹⁹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 418-420.

¹²⁰ *Ibidem.*, p. 198.

comprometimento orçamentário significativo das agências de controle penal e do expediente de seus operadores. Não pode se menosprezar, também, o impacto positivo que a taxaçoão de certas drogas poderia causar à receita pública.¹²¹

Em ambos os casos, as consequências econômicas irão repercutir na manifestação de outros custos sociais da criminalização, em efeito cascata, e que serão descritos nos seus respectivos tópicos

4.3.1 Efeitos do punitivismo no orçamento público

Um dos principais efeitos econômicos da criminalização das drogas resulta dos altos custos de manutenção do sistema repressivo.¹²² Nos Estados Unidos, o economista Jeffrey A. Miron estimou que a redução do orçamento público norte-americano, com a legalização, seria de 88 bilhões de dólares, sendo 46,7 bilhões decorrentes da cobrança de impostos.¹²³ Ou seja, o proibicionismo, por conta própria, tem efeito negativo duplo no orçamento público, por conta das despesas e, ao mesmo tempo, pela inexistência de tributação das drogas ilícitas.

Em pesquisa similar à realizada por Miron, o Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC) calculou as despesas dos estados do Rio de Janeiro e de São Paulo que se relacionam à Lei de Drogas, abrangendo: o sistema de justiça criminal (Tribunais de Justiça, Ministério Público e Defensoria Pública); as instituições policiais (Polícia Militar e Polícia Civil); e os sistemas carcerário e socioeducativo.¹²⁴

O resultado do estudo é que os estados do Rio de Janeiro e São Paulo gastaram em 2017, juntos, 5,2 bilhões de reais no sistema de justiça criminal para manter o discurso punitivista de repressão às drogas. Do montante, 4,2 bilhões somente no estado de São Paulo. Apesar de não abranger todos os estados, nem a parcela gasta pelos municípios ou pela União, o valor calculado serve de referência para avaliar os efeitos do punitivismo no orçamento público brasileiro. Afinal, os estados do Rio de Janeiro e São Paulo estão entre os estados mais populosos e que mais gastam com segurança pública, com altas taxas de encarceramento

¹²¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 194-195.

¹²² *Ibidem*, p. 194-195.

¹²³ MIRON, Jeffrey A.; WALDOCK, Katherine. **The Budgetary Impact of Ending Drug Prohibition**. Washington DC: Cato Institute, 2010. Disponível em: <https://www.cato.org/white-paper/budgetary-impact-ending-drug-prohibition>. Acesso em: 18 ago. 2021. p. 4.

¹²⁴ CENTRO DE ESTUDOS DE SEGURANÇA E CIDADANIA. **Um tiro no pé**: impactos da proibição das drogas no orçamento do sistema de justiça criminal do Rio de Janeiro e São Paulo, 2021. Disponível em: <https://drogasquantocustaproibir.com.br/biblioteca/um-tiro-no-pe-relatorio-completo>. Acesso em: 15 jun. 2021. p. 13, 39.

(combinados, possuíam 39,5% da população carcerária nacional, em 2017). Por outro lado, a delimitação territorial aconteceu por critérios práticos, devendo-se, então, ao:

[...] fato de os dois estados deterem os melhores sistemas de dados criminais do país e de divulgarem regularmente estatísticas sobre criminalidade, violência e atuação das polícias. Acreditou-se assim que se obteriam mais facilmente os dados institucionais e que eles teriam o mínimo de cobertura e qualidade necessário à realização do cálculo de custos propostos pela pesquisa. Na prática, essa expectativa foi em grande parte frustrada, mas provavelmente as dificuldades teriam sido ainda maiores se o estudo tivesse abrangido outras unidades da federação.¹²⁵

Dessa forma, as dificuldades oferecidas pelo projeto, demonstraram a falta de interesse ou capacidade dos órgãos públicos em fornecer informações detalhadas do sistema de controle penal das drogas. Constatou-se, por exemplo, a ausência de dados nas varas de execução penal, além da indisponibilidade de dados das operações policiais: “algumas instituições sequer coletam dados regularmente ou, se os coletam, não os digitalizam ou não têm sistemas de informação que possibilitem sistematizá-los e utilizá-los para fins estatísticos”. Embora o resultado tenha sido alcançado por meio de números parciais, aproximados e, certamente, subestimados, mostram-se suficientes para questionar os gastos da “abordagem punitivista e frequentemente violenta para se lidar com a questão das drogas”.¹²⁶

Pode-se verificar que, da quantia destinada a efetivação da política criminal das drogas, parte resultará na implementação da lógica belicista e sanitaria de segurança pública, cujo, um dos objetivos é a erradicação das drogas, não importando a quantidade. Posto que, grande parte das drogas apreendidas em ações policiais é de pequena quantidade, destinando-se ao varejo ou consumo. Em São Paulo, entre 2015 e setembro de 2017, metade das apreensões tiveram valores menores que 39,8g de maconha, 21,6g de cocaína e 9,4g de crack.¹²⁷ No mesmo período, o percentual de ocorrências relativas à posse de usuários foi de 38%.¹²⁸

De modo semelhante acontece no estado do Rio de Janeiro, onde foi triplicado o registro de apreensão de drogas entre 2008 e 2015, mas as ocorrências apreenderam, na maior parte, pouca quantidade de drogas, em torno de 10 a 15 gramas, de acordo com relatório publicado no

¹²⁵ CENTRO DE ESTUDOS DE SEGURANÇA E CIDADANIA. **Um tiro no pé: impactos da proibição das drogas no orçamento do sistema de justiça criminal do Rio de Janeiro e São Paulo**, 2021. Disponível em: <https://drogasquantocustaproibir.com.br/biblioteca/um-tiro-no-pe-relatorio-completo>. Acesso em: 15 jun. 2021. p. 28, 42, 54.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 42-44.

¹²⁷ INSTITUTO SOU DA PAZ. **Apreensões de drogas no estado de São Paulo: um raio-x das apreensões de drogas segundo ocorrências e massa**, 2018. Disponível em: <http://soudapaz.org/o-que-fazemos/conhecer/analises-e-estudos/diagnosticos/apreensao-de-drogas>. Acesso em: 15 jun. 2021. p. 64.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 34.

Instituto de Segurança Pública do estado.¹²⁹ Este, divulgou ainda que no ano de 2015, 43% das ocorrências foram consideradas posse para uso. E que, caso fosse adotado o modelo objetivo dos países Portugal ou Espanha, com padrão de 25 e 100 gramas para o tráfico, respectivamente, a classificação aumentaria para 60% e 80%. Dessa maneira, a implementação de um critério objetivo de quantidade possibilitaria, conforme o direito penal espanhol, o afastamento da incidência repressiva desproporcional, a partir da: atipicidade da conduta, presunção do uso pessoal, gradação entre o tráfico simples e o tráfico qualificado.¹³⁰

Ou seja, o discurso punitivista de guerra total às drogas, resultará, conseqüentemente, em uma intervenção penal desmedida, até, em casos irrelevantes ou de menor potencial ofensivo, com a destinação de parcela do aparato estatal para a captura e processamento, pelas agências penais, dos usuários e varejistas. Para o especialista em segurança pública, Alexandre Ciconello:

Mesmo que a ênfase em uma estratégia de enfrentamento na área da segurança, com baixo controle democrático, centrada na guerra ao varejo das drogas, fosse uma opção válida para garantir o direito à segurança da população – o que todas as evidências, nacionais e internacionais, desmentem – essa política não se sustenta do ponto de vista orçamentário. Além de ineficiente, é insustentável. Diferentemente do que costuma ocorrer em outros setores da administração pública, como saúde ou moradia, mais recursos gastos na segurança pública não necessariamente significam melhores serviços e bens para a população. Para quem vive em favelas com a presença de grupos criminosos, pode significar mais insegurança e morte.¹³¹

Portanto, a discussão das despesas públicas com a proibição das drogas não pode ser dissociada dos custos humanos e imateriais do punitivismo, que, por definição, seriam ainda mais inestimáveis. Nesse sentido, parte do orçamento alocado resulta na privação da liberdade de adultos e adolescentes, frequentemente, por posse ou tráfico de pequenas quantidades, resultando em prejuízo direto para essas pessoas e suas famílias. Ao mesmo tempo, o aumento de recursos na segurança pública não indica, necessariamente, um avanço na diminuição do tráfico ou do consumo de drogas, nem redução na violência.

Em particular, são incomensuráveis as vidas perdidas na guerra às drogas, embora não haja indícios que o aumento da letalidade policial resulte em diminuição da criminalidade. Em

¹²⁹ RIO DE JANEIRO. Instituto de Segurança Pública. **Panorama das apreensões de drogas no Rio de Janeiro 2010-2016**, 2016. Disponível em: <http://www.isp.rj.gov.br/Noticias.asp?ident=373>. Acesso em: 15 jun. 2021. p. 16.

¹³⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 283-284.

¹³¹ CICONELLO, Alexandre. **A política de segurança pública do Rio de Janeiro é ineficiente e financeiramente insustentável**. Rio de Janeiro: Rede de Observatórios da Segurança/CESeC, dezembro de 2019. Disponível em: <https://cesecseguranca.com.br/textodownload/a-politica-de-seguranca-publica-do-rio-de-janeiro-e-ineficiente-e-financeiramente-insustentavel/>. Acesso em: 15 jun. 2021. p. 4.

pesquisa realizada pelo Centro de Pesquisas do Ministério Público do Rio de Janeiro, não foi observada a redução de crimes contra o patrimônio ou a vida, apesar do aumento crescente, desde 2014, de mortes por agentes do Estado:

[...] é possível inferir que os resultados observados refletem determinado padrão de atuação policial, que prioriza o enfrentamento ao tráfico de drogas e o combate nas favelas sob a dupla premissa de que nelas estão localizados os criminosos e de que o tráfico de drogas é o principal crime a ser enfrentado pelo Estado. No entanto, as evidências internacionais na área de Segurança Pública apontam para maior efetividade de ações preventivas como o patrulhamento de manchas criminais, que prioriza o policiamento ostensivo em áreas onde o crime ocorre (e não onde supostamente está o criminoso).¹³²

A situação no Rio de Janeiro é reflexo do discurso político-jurídico do proibicionismo, pois, o estabelecimento dos estereótipos, na criminalização secundária, permite a fragmentação da sociedade entre criminosos e não criminosos, que, aliado ao modelo belicista de segurança pública, justifica as ações policiais em áreas mais vulneráveis, que acontecem de forma intermitente, com o objetivo de apreender armas, drogas e prender suspeitos em flagrante. Entretanto, de acordo com os pesquisadores do Ministério Público: “esse modelo de atuação policial, ainda em vigor, submete as polícias e as populações de áreas conflagradas a forte risco, além de afetar a provisão de serviços públicos”.¹³³

Ao contrário daquilo que se pretende, os bilhões destinados à guerra às drogas não são capazes de impedir o consumo e o tráfico de drogas, que é dominado por um mercado ilegal lucrativo. Ao invés de reprimir o consumo e diminuir o tráfico, a criminalização estigmatizou o usuário e direcionou seu poder letal contra os segmentos sociais e indivíduos mais vulneráveis. Portanto, as verbas dedicadas a repressão das drogas produziram efeitos mais produtivos se fossem destinadas ao oferecimento de políticas públicas saudáveis, com o intuito de reduzir os danos advindos do uso abusivo das drogas e da própria intervenção penal, além da educação sobre o consumo de substâncias psicoativas, com conscientização sobre seus potenciais riscos.¹³⁴

Ou seja, do ponto de vista econômico, além do social, a regulamentação do comércio e do uso de substâncias psicoativas se apresenta como uma alternativa viável para minimizar os custos ocasionados pelo proibicionismo, inclusive, com possível efeito positivo no orçamento

¹³² RIO DE JANEIRO. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Centro de pesquisas do MPRJ. **Letalidade Policial no Rio de Janeiro em 10 pontos**, 2019. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/letalidade_policial_no_rio_de_janeiro_em_10_pontos_1.pdf. Acesso em: 16 jun. 2021. p. 4

¹³³ *Ibidem*, pg. 6

¹³⁴ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 383-384.

público caso fosse feita a tributação sobre as consideradas ilícitas, assim como estimado no caso norte-americano.

4.3.2 O valor econômico das drogas ilícitas na derivação da criminalidade

As drogas começaram a ganhar maior importância econômica juntamente ao processo de surgimento do capitalismo, nos séculos XVI ao XIX. Como exemplo, tem-se a cobrança de impostos, pela Igreja, das plantações de coca da América Latina colonial, cuja exportação à Europa enriquecia seus mercadores. De modo similar, as operações com ópio trouxeram grandes lucros à Inglaterra, particularmente, na Índia e China, sendo inclusive causa de duas guerras, em 1842 e 1856.¹³⁵

No século XX, em especial, nas décadas de 60 e 70, a exploração de novos mercados entre os países centrais e periféricos, desencadeará aumento no consumo. Diante da crescente demanda e da adesão ao controle transnacional de drogas e a, subsequente, criminalização, o mercado das drogas ilícitas se tornará um dos mais lucrativos do mundo, movimentando cerca de 320 bilhões de dólares, anualmente.¹³⁶ Apesar de representar parte significativa da economia de países produtores (Bolívia e Colômbia, por exemplo), os maiores lucros serão obtidos na cadeia final de fornecimento, que implanta estrutura organizada para fornecer o produto aos consumidores.¹³⁷

Para atender-se a demanda, o mercado ilegal de drogas, à exemplo do álcool nos países que adotaram a “lei seca”, se organiza por meio da “delinquência útil”, que, segundo Foucault, trata-se do: “campo de práticas ilegais, sobre o qual se chega a exercer controle e a tirar um lucro ilícito por meio de elementos ilegais, mas tornados manejáveis por sua organização em delinquência”.¹³⁸

Dessa forma, a intervenção do sistema penal no mercado de drogas, ocasiona, desde a criminalização primária, uma elevação dos preços, servindo de incentivo àqueles que já vivem à margem da legalidade. Conforme a obra de Maria Lúcia Karam, o desenvolvimento das grandes organizações criminosas e a violência perpetrada por elas são, comumente, apresentadas como consequência da disseminação das drogas, mas são, na verdade, resultantes da própria criminalização, cujos lucros atrai a criminalidade organizada, pela própria estrutura

¹³⁵ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói: Luam Ed., 1991. p. 33-35.

¹³⁶ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **World drug report: Analysis**, 2005, v. 1. Disponível em: https://www.unodc.org/pdf/WDR_2005/volume_1_web.pdf. Acesso em: 14 ago. 2021. p. 2.

¹³⁷ KARAM, *Op. cit.*, p. 36-37.

¹³⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: Nascimento da prisão**. 42. Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p. 274.

empresarial exigida para inserção nesse tipo de mercado. Ainda, nesse sentido, a violência faz parte desse tipo de atividade ilegal, pois, além do enfrentamento com os agentes públicos, as disputas de mercados e as cobranças de dívidas serão arbitrárias, com o uso comum da força como meio efetivo de resolução dos conflitos.¹³⁹

Ou seja, a derivação da criminalidade, causada pelo proibicionismo, irá resultar em inúmeros outros crimes relacionados às drogas, envolvendo, inclusive, profissionais das próprias agências repressivas em corrupção ou extorsão. Em paralelo, o ingresso de usuários e dependentes na ilegalidade poderá resultar na sua vitimização, não só por conta do uso desregulado das drogas, mas, também, pela dificuldade imposta pelas circunstâncias, para solucionar os conflitos via sistema judicial, que acabam sendo resolvidos de forma arbitrária, típico dos sistemas de justiça penal privada.¹⁴⁰

Ainda sobre a criminalidade secundária, os lucros excepcionais são capazes de produzir graves desvios, também, nos órgãos do sistema financeiro. Diante dos enormes lucros obtidos internacionalmente, o sistema financeiro será responsável pela lavagem do dinheiro obtido com o mercado ilícito, integrando-o ao capital legal.¹⁴¹ O jornalista investigativo Roberto Saviano constata que a integração dos lucros obtidos ao mercado financeiro sustenta uma rede complexa de alianças entre as organizações criminosas e o sistema financeiro, facilitando a criminalidade (corrupção) em todos os níveis, de modo que, não há instrumentos ou, em muitos casos, interesse em se chegar ao dinheiro sujo.¹⁴²

No Brasil, a guerra pela disputa do mercado de drogas se manifestou de forma violenta nas periferias, nos presídios e nos grandes centros urbanos. Inicialmente, as organizações criminosas urbanas se preocupavam em distribuir a droga no mercado varejista, como fez o Comando Vermelho (CV), a partir de uma estrutura vertical e hierarquizada, no final da década de 70. Porém, a própria experiência adquirida com o varejo, possibilitou sua ascensão na estrutura do tráfico, buscando-se a posição de atacadista, no contato direto com os produtores, eliminando os intermediários, no final dos anos 1990. Dessa forma, a estrutura organizada vai se aperfeiçoando, pois, “é preciso dispor de capital para investir na mercadoria, articulação política para o suborno de autoridades que fiscalizam as rotas, contato com pilotos e planejamento para evitar prejuízos”.¹⁴³

¹³⁹ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói: Luam Ed., 1991. p. 48, 50-51.

¹⁴⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 196-197.

¹⁴¹ KARAM, *Op. cit.*, p. 38, 51-52.

¹⁴² SAVIANO, Roberto. **Zero zero zero**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 277-279.

¹⁴³ PAES, Bruno Manso; DIAS, Camilla Nunes. **A guerra**: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil. São Paulo: Todavia, 2018. p. 10-11.

Posteriormente, o advento do telefone celular facilitou a organização dos profissionais do tráfico, por permitir a gestão dos negócios até de dentro das penitenciárias, estratégia utilizada pelo Primeiro Comando da Capital (PCC) no controle do varejo nacional. Esta, se fortaleceu pelo discurso de proteção aos seus integrantes, utilizando-se do dinheiro do tráfico para bancar a estrutura burocrática em defesa do interesse dos seus filiados. Nas duas últimas décadas, o surgimento desta rede integrada de controle nacional deflagrou novas rivalidades e conflitos, principalmente, sobre o controle dos presídios, que foram palco de rebeliões violentas, que tinham como objetivo resolver disputas entre as facções.¹⁴⁴

Portanto, percebe-se, a espiral de criminalidade e violência desencadeada pela criminalização das drogas, que permite o financiamento de estruturas organizadas de criminalidade. O discurso punitivista, no entanto, mantém o proibicionismo concentrando-se no psiquiátrico e individual, ocultando o político e o econômico, apesar de todos seus custos sociais.¹⁴⁵

¹⁴⁴ PAES, Bruno Manso; DIAS, Camilla Nunes. **A guerra**: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil. São Paulo: Todavia, 2018. p. 11-25.

¹⁴⁵ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 25.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por mais de cem anos, a criminalização de certas drogas tem sido mantida no Brasil. No entanto, é a partir do marco punitivista da Lei nº 6.368/76 que se instaura verdadeira política criminal no sentido de relativização dos direitos e garantias individuais, notadamente, na década de 80, em favor do discurso de guerra às drogas. A Lei de Drogas de 1976 instituiu o padrão da descodificação penal brasileira, com penas elásticas que, diante da ausência de objetividade nos critérios de identificação do usuário e do traficante, foram elementos agravantes na seletividade penal das agências repressivas. Apesar das expectativas geradas com a redemocratização e a Constituição de 1988, o Brasil viu o recrudescimento das penas de tráfico e o fortalecimento do discurso punitivista, que legitima o clamor pela intervenção penal, como meio eficaz de solução dos problemas da sociedade, inclusive, àqueles resultantes do uso ou abuso das drogas.

Adversamente, a configuração punitivista de repressão às drogas mostrou-se ineficaz em legitimar o direito penal das drogas. Ao longo de diversas décadas, a defesa por valores simbólicos, desvirtuando a verdadeira função do direito penal de proteger bens jurídicos concretos para a convivência pacífica, mostrou-se capaz de promover justamente o oposto: o estabelecimento de uma guerra interna, justificando o Estado de exceção permanente e os custos exacerbados do proibicionismo.

A Lei nº 11.343/06 representou a persistência em acreditar no mito da solução penal para as drogas, bastando-se incrementar o punitivismo para alcançar, enfim, seus objetivos. Como resultado, a população prisional cresceu mais de 150%, em menos de duas décadas, compostos, na maioria, por jovens pretos, pardos, pobres e sem escolaridade, reforçando a desigualdade existente na sociedade pela seletividade das agências penais. Ao mesmo tempo, o mercado ilícito cria os lucros necessários para o financiamento das organizações criminosas, que se multiplicam, na derivação da criminalidade em todos os níveis, do público ao privado.

O usuário e o dependente, a quem a política criminal de drogas diz proteger, é estigmatizado e marginalizado, agravando-se os riscos inerentes ao consumo de drogas e à criminalização, ao invés de implementar políticas públicas saudáveis para redução dos danos, como tem sido feito, com sucesso, em diversos países: Portugal, Argentina, Espanha, Estados Unidos, Canadá, Uruguai, Suíça, Reino Unido, Países Baixos, Alemanha, entre outros.¹⁴⁶

¹⁴⁶ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 31, 197.

A tese levantada é que os custos da criminalização se mostram suficientemente excessivos para propor a reformulação do proibicionismo brasileiro, com base na educação do uso das drogas e o tratamento da dependência, do mesmo modo como é feito com o álcool e o tabaco. Nesse sentido, a legalização de certas drogas se apresenta como medida eficaz, mas não a única na redução dos custos sociais, pois, a proibição e a legalização são polos opostos em uma escala, com muitas alternativas entre os dois. Uma delas é a descriminalização, que se mostra solução viável até para àquelas comumente conhecidas como “drogas pesadas” (cocaína, heroína e metanfetamina).¹⁴⁷

Em Portugal, por exemplo, descriminalizou-se o consumo de todas as drogas ilegais, restando apenas a aplicação de uma multa similar à de trânsito. O resultado foi o aumento nos gastos com tratamento e prevenção, o que foi compensado com a redução nos gastos com o processo penal e a prisão. Ainda, o número de mortes provocadas por abuso de drogas diminuiu, ao mesmo tempo que houve redução no consumo, em particular, entre pessoas de 15 a 24 anos de idade. Nas palavras de Carl Hart:

Os portugueses continuam a se drogar, como seus contemporâneos e todas as sociedades humanas antes deles. Mas, aparentemente, eles não têm o problema de estigmatizar, marginalizar e encarcerar proporções consideráveis de cidadãos por delitos sem gravidade relacionados a drogas.¹⁴⁸

Ao se analisar os horizontes de punitividade, notam-se barreiras, impostas pelo discurso punitivista, na implementação de medidas capazes de reverter os danos causados pelo proibicionismo nacional, por isso, a descriminalização do porte para o consumo poderia pavimentar o caminho da adoção de outras políticas alternativas, como a legalização de certas drogas, na expectativa de, finalmente, substituir uma política criminal ultrapassada, incapaz de garantir o mínimo de dignidade para as pessoas e proteção para a sociedade.

¹⁴⁷ HART, Carl. **Um preço muito alto**: a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 308.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 309-310.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Candido Mendes de. **Ordenações e leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Rio de Janeiro: Typhographia do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em: 14 de abr. de 2021.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. 1.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.
- BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 22 maio 2021.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 maio 2021.
- BRASIL. **Decreto nº 4.294, de 6 de julho de 1921**. Estabelece penalidades para os contraventores na venda de cocaína, opio, morfina e seus derivados; cria um estabelecimento especial para internação dos intoxicados pelo álcool ou substâncias venenosas; estabelece as formas de processo e julgamento e manda abrir os créditos necessários. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-republicacao-92584-pl.html>. Acesso em: 22 maio 2021.
- BRASIL. **Decreto nº 20.930, de 11 de janeiro de 1932**. Fiscaliza o emprego e o comércio das substâncias tóxicas entorpecentes, regula a sua entrada no país de acordo com a solicitação do Comitê Central Permanente do Opio da Liga das Nações, e estabelece penas. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html>. Acesso em: 22 maio 2021.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: atualização junho 2017, 2019. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos>. Acesso em: 8 ago. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 145**. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Sessão Plenária de 13/12/1963. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 82. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula145/false>. Acesso em: 23 maio 2021.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

CENTRO DE ESTUDOS DE SEGURANÇA E CIDADANIA. **Um tiro no pé**: impactos da proibição das drogas no orçamento do sistema de justiça criminal do Rio de Janeiro e São Paulo, 2021. Disponível em: <https://drogasquantocustaproibir.com.br/biblioteca/um-tiro-no-pe-relatorio-completo>. Acesso em: 15 jun. 2021.

CICONELLO, Alexandre. **A política de segurança pública do Rio de Janeiro é ineficiente e financeiramente insustentável**. Rio de Janeiro: Rede de Observatórios da Segurança/CESeC, dezembro de 2019. Disponível em: <https://cesecseguranca.com.br/textodownload/a-politica-de-seguranca-publica-do-rio-de-janeiro-e-ineficiente-e-financeiramente-insustentavel/>. Acesso em: 15 jun. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: Nascimento da prisão. 42. Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2020.

HART, Carl. **Um preço muito alto**: a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

INSTITUTO SOU DA PAZ. **Apreensões de drogas no estado de São Paulo**: um raio-x das apreensões de drogas segundo ocorrências e massa, 2018. Disponível em: <http://soudapaz.org/o-que-fazemos/conhecer/analises-e-estudos/diagnosticos/apreensao-de-drogas>. Acesso em: 15 jun. 2021.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói: Luam Ed., 1991.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; RODRIGUES, Rafael Bulgakov Klock. Breve Análise Dos Interesses E Contradições Ao Longo Da Política Criminal De Drogas No Brasil. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 41–62, 2020. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=asn&AN=145178350&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 12 ago. 2021.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: Noções e Críticas. 4. ed. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

MIRON, Jeffrey A.; WALDOCK, Katherine. **The Budgetary Impact of Ending Drug Prohibition**. Washington DC: Cato Institute, 2010. Disponível em: <https://www.cato.org/white-paper/budgetary-impact-ending-drug-prohibition>. Acesso em: 18 ago. 2021.

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

PAES, Bruno Manso; DIAS, Camilla Nunes. **A guerra**: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil. São Paulo: Todavia, 2018.

RIO DE JANEIRO. Instituto de Segurança Pública. **Panorama das apreensões de drogas no Rio de Janeiro 2010-2016**, 2016. Disponível em: <http://www.isp.rj.gov.br/Noticias.asp?ident=373>. Acesso em: 15 jun. 2021.

RIO DE JANEIRO. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Centro de pesquisas do MPRJ. **Letalidade Policial no Rio de Janeiro em 10 pontos**, 2019. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/letalidade_policial_no_rio_de_janeiro_em_10_pontos_1.pdf. Acesso em: 16 jun. 2021.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SAVIANO, Roberto. **Zero zero zero**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **World drug report: Analysis**, 2005, v. 1. Disponível em: https://www.unodc.org/pdf/WDR_2005/volume_1_web.pdf. Acesso em: 14 ago. 2021.