

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

UIÁRA FERREIRA SARAIVA CERQUEIRA

A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM
RESTRITIVA DE DIREITOS PARA O TRÁFICO DE DROGAS DE PEQUENO PORTE

BRASÍLIA
DEZEMBRO DE 2011

Uiára Ferreira Saraiva Cerqueira

A Possibilidade de Conversão da Pena Privativa de Liberdade em Restritiva de Direitos para o Tráfico de Drogas de Pequeno Porte

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB).

Orientadora: Professora Doutora Beatriz Vargas

Brasília
Dezembro de 2011

Uiára Ferreira Saraiva Cerqueira

**A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM
RESTRITIVA DE DIREITOS PARA O TRÁFICO DE DROGAS DE PEQUENO PORTE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, pela banca examinadora composta por:

Profa. Dra. Beatriz Vargas
Orientadora – FD/UnB

Profa. Ms. Carolina Costa Ferreira
Examinadora – FD/UnB

Prof. Pedro Ivo Rodrigues Velloso Cordeiro
Examinador – FD/UnB

Brasília, 12 de dezembro de 2011.

Como não poderia deixar de ser,
dedico este trabalho aos meus pais e
às minhas irmãs.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus, por me dar força para seguir o caminho.

Aos meus amados pais, pelo constante incentivo e apoio, mesmo nos momentos de distância física. Agradeço à minha mãe, ainda, pelos conselhos, e ao meu pai, por sempre me mostrar uma solução nos momentos de dúvida.

Às minhas queridas irmãs, agradeço pela torcida, especialmente à Li pela companhia e pelo incentivo.

Agradeço à minha orientadora, Beatriz Vargas, por aceitar me orientar no meio do semestre, mesmo com outras orientações em curso, e pela colaboração para melhoria do trabalho.

Agradeço à Carolina Costa Ferreira pela orientação inicial e pela ajuda na divisão dos capítulos.

Agradeço ao Pedro Ivo R. Velloso Cordeiro, por aceitar, prontamente, participar da banca.

A todos os professores que colaboraram para a minha formação acadêmica, nesses cinco anos, muito obrigada.

Agradeço também aos funcionários da FD/UnB, que tornaram possível essa empreitada. Também aos funcionários da BCE e da biblioteca do STF.

E, finalmente, aos amigos, às amigas e aos colegas que dividiram comigo, nesses cinco anos, momentos de alegria, de tensão, de alívio, enfim, por todos os momentos, tanto na Universidade como fora dela, cujas lembranças me acompanharão por toda a vida.

Agradeço a todos que, de alguma forma, contribuíram para a concretização deste trabalho.

“The most effective way to turn a nonviolent person into a violent one is to send him to prison.

The criminal justice and penal systems have been operating under a huge mistake, the belief that punishment will deter, prevent or inhibit violence, when in fact it is the most powerful stimulant of violence we have yet discovered”.

James Gilligan, Harvard University criminologist

“Algum dia, quando a descriminalização das drogas for uma realidade, os historiadores olharão para trás e sentirão o mesmo arrepio que hoje nos produz a inquisição”.

Javier Martinez Lázaro, Juiz Penalista, Madri, Espanha
(Filme Cortina de Fumaça)

RESUMO

Sob o marco teórico da criminologia crítica, este trabalho defende a corrente antiproibicionista em relação às drogas. Parte-se do pressuposto de que a criminalização do uso e do comércio de drogas é ilegítima no discurso que proclama. A proibição é justificada na proteção da saúde pública. No entanto, o que se vê é o aumento da repressão em relação aos selecionados, na criminalização primária, cujas condutas são interpretadas como perigosas para a sociedade, e, ainda, na criminalização secundária, que afasta do convívio social pessoas débeis, sem condições de defesa, devido à sua posição inferior. Enquanto isso, a saúde dos indivíduos é banalizada, pois não há disponibilidade de tratamento eficaz em clínicas especializadas para aqueles que dele necessitam. Partindo-se da premissa de que a maioria dos traficantes presos são os eventuais, os quais, muitas vezes, vendem para sustentar seu vício, pôde-se constatar esse fato por meio da pesquisa realizada. São pessoas que precisam de tratamento clínico e, no entanto, recebem como tratamento a prisão. Diante da constatação de que a maioria dos encarcerados pelo crime de tráfico é composta por pequenos traficantes, o trabalho é desenvolvido na defesa da viabilidade de tratamento mais brando, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos para esses agentes, enquanto a descriminalização não é realidade. A amenização da reprimenda possibilitaria, ao menos, redução da violência e respeito à dignidade dos selecionados pelo sistema penal. Foi feita análise de acórdãos de Habeas Corpus do STJ e do STF, julgados após a declaração de inconstitucionalidade do óbice à conversão da pena, prevista na Lei n. 11.343/06, para averiguar o posicionamento dos julgadores em relação à concessão da benesse. A investigação empírica permitiu verificar que a maioria dos réus nos processos pesquisados preenche os requisitos de primariedade, bons antecedentes, não dedicação às atividades criminosas e não integração à organização criminosa. Apesar disso e de terem pena fixada abaixo de 4 (quatro) anos, na maior parte dos casos, não obtiveram o benefício da conversão da pena em restritivas de direitos, por essa não se mostrar socialmente adequada, no entendimento dos julgadores, devido à quantidade, natureza ou variedade de droga apreendida.

Palavras-chave: Criminologia Crítica. Antiproibicionista. Pequenos traficantes. Sistema Penal. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
-------------------------	---

CAPÍTULO 1 – POLÍTICA PROIBICIONISTA DE DROGAS NO BRASIL

1.1 Contexto do Início da Política Proibicionista	12
1.2 Lógica Proibicionista	15
1.3 Discurso Médico-Sanitarista	18
1.4 O Estereótipo Usuário-Doente e Dependente-Delinquente	21
1.5 A Seletividade do Sistema Penal e o Preço Pago pelos Vulneráveis	22
1.6 Cortina de Fumaça	27
1.7 A Punição Carcerária	28
1.8 Penas Restritivas de Direitos	30
1.9 Justiça Terapêutica	31
1.10 Considerações Finais	33

CAPÍTULO 2 – POLÍTICA APLICADA À LEI ANTIDROGAS

2.1 Aspectos Gerais da Legislação Brasileira	37
2.2 Justificativa do Projeto de Lei n. 115/2002	39
2.3 Política Aplicada à Lei	43
2.3.1 Principais Aspectos da Lei	43
2.3.2 Preocupação da Lei com o Usuário	45
2.3.3 Sistema Punitivo da Lei	46
2.3.3.1 Previsão para o delito de tráfico ilícito de drogas	50
2.3.3.2 Diminuição para traficante eventual, prevista no § 4º, do art. 33, da Lei	50
2.3.3.3 Vedação à conversão da pena	52
2.3.4 Política de Redução de Danos	54
2.4 Equiparação do Tráfico de Drogas aos Crimes Hediondos	57
2.5 Aplicabilidade da Lei n. 11.343/06	59

CAPÍTULO 3 – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO ÀS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS PARA O DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS E ANÁLISE DE ACÓRDÃOS

3.1 Julgamento do HC 97.256/RS pelo STF.	62
3.1.1 Defesa.	62
3.1.2 Posição do Ministério Público	63
3.1.3 Votos Vencidos	64
3.1.4 Posição Favorável à Concessão da Ordem.	65
3.2 Análise de Acórdãos de Tribunais Superiores	68
3.2.1 Acórdãos de Habeas Corpus do STJ	69
3.2.1.1 Análise da 5ª Turma.	70
3.2.1.2 Análise da 6ª Turma	77
3.2.2 Acórdãos de Habeas Corpus do STF.	84
3.3 Breves Considerações.	86
CONCLUSÃO	88
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	93

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei n. 11.343, de 2006, que revogou a Lei 6.368/76, foi normatizada a proibição da prisão pelo uso de drogas, constituindo-se num aparente benefício, enquanto o traficante de drogas passou a ter previsão sancionadora mais severa, passando a pena mínima de 3 (três) anos, na legislação anterior, para 5 (cinco) anos, na atual. A Lei passou a prever, ainda, causa de diminuição da pena prevista para o tráfico, quando preenchidos os requisitos de primariedade, bons antecedentes, não dedicação às atividades criminosas e não integração à organização criminosa. Além disso, proibiu expressamente a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, mesmo no caso de preenchidos os requisitos mencionados para redução da pena.

Essa proibição expressa da substituição da pena, inclusive para os traficantes eventuais, demonstra a vontade legislativa de aumentar a repressão sobre um tipo de conduta que considera ser reprimível por ser uma ameaça à sociedade, inclusive à saúde pública, a qual é usada como justificativa para a proibição do uso de entorpecentes, num discurso de demonização das drogas, pelo mal que podem causar, discurso esse proveniente da política proibicionista adotada pelo Brasil.

Além de proibir o uso de drogas, pune-se o traficante por ser considerado como o causador do vício de vulneráveis, que passam a depender dessas substâncias, olvidando-se dos casos em que os usuários têm controle sobre o uso.

A política antiproibicionista, ao contrário, parte da premissa de que o uso pode ser controlado e a legalização das drogas traria a possibilidade de o Estado controlar a venda dos produtos, bem como de avaliar a qualidade das substâncias. Além disso, a legalização permitiria a adoção de política de redução de danos, que, acredita-se ser possível somente com a legalização, o que possibilitaria viciados obterem ajuda para tratamento, bem como viabilizaria o consumo de substâncias psicoativas de forma mais segura.

A legalização encontra respaldo na criminologia crítica, mais especificamente, no enfoque da reação social ou *labeling approach*. Essa corrente preocupa-se principalmente com a reação das instâncias oficiais de controle social e estuda o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes. Essa abordagem parte da ideia de que as instâncias de poder atribuem um sentido ou um significado social a comportamentos escolhidos por elas, dando lugar a processos de definição de condutas escolhidas, que passam a ser criminalizadas.

A criminalização do uso e do comércio de drogas seria, assim, uma escolha da classe dominante de selecionar usuários de camadas excluídas da sociedade. Considerar o uso e a venda de substâncias psicotrópicas como crime tende a excluir ainda mais uma parcela da sociedade que já é estigmatizada, atribuindo a elas maior propensão a praticar comportamentos tidos como ilícitos, o que é típico da criminalização secundária.

Desse modo, no presente trabalho acadêmico, defende-se a possibilidade de aplicação da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos para o delito de tráfico de drogas de pequeno porte. Acredita-se que a melhor solução seria a legalização do uso e da venda de drogas, com controle efetivo pelo Estado, que possibilitasse uma mudança no triste quadro de encarceramento de pessoas cujo comportamento não é violento e que pouco contribuem para a rede de tráfico.

O tráfico de drogas está entre os crimes que mais aprisionam. A legalização possibilitaria a diminuição da quantidade de encarcerados, reduzindo o problema da superlotação, que coloca os cumpridores de penas em condições subumanas.

A propósito, são levados à prisão, em sua maioria, os pequenos traficantes¹, que simplesmente repassam a droga ao consumidor ou, muitas vezes, são viciados e vendem para sustentar o vício, pois ficam expostos, sendo presas fáceis para a polícia, e não têm condições de subornar os policiais corruptos.

Ademais, a prisão serve como escola do crime, pois propicia o aprendizado de práticas mais danosas², já que não existe separação física entre os presidiários condenados por crimes leves e os que praticaram condutas com uso de violência. Além disso, devido ao estigma que sofrem como ex-presidiários, quando saem da prisão, o mais provável é que voltem para a marginalidade e se aventurem em condutas como roubo e tráfico, meios mais “fáceis” para conseguirem o sustento.

Como se acredita que a legalização do consumo e da venda de drogas ainda é uma realidade distante, devido à crença no proibicionismo como solução para reduzir a violência proveniente do tráfico de drogas, defende-se, no presente trabalho, a viabilização da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para os pequenos traficantes de drogas, com a possibilidade de, ao menos, reduzir a violência a que ficam expostos. As penas alternativas podem livrar o condenado das péssimas condições e resultados

¹ Respondendo à pergunta “quem é o traficante?”, Vargas (2011, p. 76) afirma que quem leva esse rótulo e forma as estatísticas do sistema de controle punitivo, conforme as sentenças pesquisadas, é o pequeno traficante pobre.

² Para Baratta (2002, p. 183), “os institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado, e favoráveis à sua estável inserção na população criminosa”. O criminólogo afirma ainda, sobre o efeito negativo da prisionalização, que “a hierarquia e a organização informal da comunidade (carcerária) é dominada por uma restrita minoria de criminosos com forte orientação anti-social, que, pelo poder e, portanto, pelo prestígio de que goza, assume a função de modelo para outros, sendo, ao mesmo tempo, uma autoridade com quem o *staff* da instituição é constringido a mediar o próprio poder normativo de fato” (2002, p. 185).

provenientes do encarceramento, até porque, na perspectiva da reação social, acredita-se que a punição de um primeiro comportamento desviante, tem, segundo Baratta (2002), frequentemente, a função de um “commitment to deviance”, pois gera, através de mudança da identidade social do indivíduo estigmatizado, uma tendência a permanecer no papel social em que foi introduzido pela estigmatização.

Nesse particular, o presente trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro trata da política proibicionista brasileira em relação às drogas e do discurso que a legitima. No capítulo segundo, é feita uma análise da Lei Antidrogas de 2006, bem como da sua aplicabilidade. No capítulo terceiro, parte-se para a análise do HC 97.256/RS, cujo julgamento alterou a viabilidade de penas alternativas para o tráfico de drogas, pois a vedação expressa à conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos para essa conduta executada por agentes primários, com bons antecedentes, que não se dediquem às atividades criminosas nem integrem organização criminosa, foi julgada inconstitucional pelo STF. Nesse capítulo também é feita apresentação de análise de acórdãos de Habeas Corpus do STJ, tanto da 5ª quanto da 6ª Turmas, e também do STF, com vistas a demonstrar como os ministros desses Tribunais Superiores estão julgando os pedidos de conversão da pena corporal em penas restritivas de direitos e os critérios usados para suas decisões.

1. POLÍTICA PROIBICIONISTA DE DROGAS NO BRASIL

1.1 Contexto do Início da Política Proibicionista

A história do controle de drogas é recente. Em relação à maioria dos fatos identificados como crime no decorrer da história, a criminalização do seu uso e comércio tem pouco tempo. Essa prática, na sua origem, não sofria qualquer tipo de restrição. As drogas que passaram a ser proibidas e são hoje consideradas ilícitas, em grande parte, já eram consumidas pelos homens há várias gerações. Seu uso era praticado de forma natural e saudável, sem que isso gerasse preocupação, haja vista o costume e o conhecimento dos seus efeitos. Já havia uma cultura de conhecimento das substâncias usadas. Passaram a sofrer controle penal pelo Estado nas primeiras décadas do século XX, quando advieram previsões legais de crimes e penas relacionados às drogas (BOITEUX, 2006b).

Essas substâncias são produtos culturais cujo uso pode ser considerado universal, diante de sua presença em todas as culturas conhecidas até hoje, e que ocupam diversos significados culturais na vida de seus usuários (ALVES, 2010).

Segundo Alves (2010, p. 59), tratam-se de “invariante histórica”, que “[...] foram utilizadas como instrumentos religiosos, místicos, mágicos, como medicamentos, como facilitadores da interação e da comunicação, como instrumentos recreativos, de escape da realidade, como auxílio no intuito de aumentar a produtividade no trabalho etc”. Afirma, ainda, que “o sujeito que consome dada substância não consome, apenas, um dado arranjo químico, mas um produto cultural, que carrega consigo toda carga de valores que lhe são próprios” (ALVES, 2010, p. 60).

O efeito provocado pela drogas vai depender da sua dose e do contexto em que é consumida.

No que tange à própria droga, contento-me com a clássica definição grega de *Pharmakón*, que compreende ao mesmo tempo o remédio e o veneno, sendo que a dose define qual o sentido final. De fato, qualquer droga pode constituir-se em remédio ou veneno e o fato de ser nociva ou benéfica vai sempre depender, além da dose, do contexto em que ocorre o uso (ALVES, 2010, p. 61, grifo do autor).

Beatriz Vargas (2011, p. 7), em tese que trata da criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal, afirma que “o consumo de droga, longe de ser algo estranho ou paralelo à sociedade, é, antes, um fenômeno a ela inerente e por ela mesma produzido”. Sob esse ponto de vista, a droga e seus atores não são uma realidade paralela à vida em sociedade. O consumo de entorpecentes pode trazer danos ao indivíduo, mas não

constitui uma ameaça à sociedade. O discurso proibicionista, que promete saúde e segurança pública com a erradicação dessas substâncias, é ilusório.

Embora haja resquícios de criminalização das drogas no Brasil ao longo da história legislativa, foi a partir da década de 40 que se adotou uma política proibicionista sistematizada. Políticas de controle são estruturadas em modelos baseados num sistema punitivo, com processos de seleção, que vem a ser a criminalização primária, e incidência dos aparatos repressivos, momento em que se concretiza a criminalização secundária (CARVALHO, 2010).

Segundo Carvalho (2010, p. 12), no Brasil, “a formação do sistema repressivo ocorre quando da autonomização das leis criminalizadoras e o ingresso do país no modelo internacional de controle”. Esse ingresso se deu de forma definitiva no cenário internacional de combate às drogas com a instauração da Ditadura Militar, ocasião em que o Brasil aprovou e promulgou a Convenção Única sobre Entorpecentes.

A política internacional de drogas serviu de estratégia para dar razão à alteração das legislações nacionais. Com a criação das Nações Unidas, em 1945, foi estabelecido um sistema de controle de entorpecentes, cujas diretrizes vigem até os dias atuais.

A opção pelo controle penal sofre forte influência da política proibicionista norte-americana, a qual adota uma guerra de combate às drogas, sendo o traficante visto como um inimigo externo que deve ser eliminado, para a consequente eliminação do uso dessas substâncias pelos americanos, que se veem como vítimas do comércio ilegal.

O modelo proibicionista, defensor da primazia da cultura branca norte-americana, desconsidera a diversidade étnica, cultural e religiosa de outros povos e pretende sobrepôr seus valores a sociedades tradicionais diversificadas, como a dos países andinos, cujo povo faz uso de produtos naturais como a folha de coca, um hábito que expressa sua cultura ancestral (BOITEUX, 2006b).

A legislação brasileira adapta-se, sem grande resistência interna, ao mote internacionalizado da “guerra às drogas”, uma vez que vivíamos em um contexto de Ditadura Militar. Conforme Carvalho (2010), a ilusão do discurso central levou os países periféricos a estabelecer políticas extremamente autoritárias e dissociadas de sua realidade marginal.

Para Rosa del Olmo, citada por Carvalho (*apud* 2010, p. 19-20),

O processo de transferência marcado pela responsabilização de países marginais pelo consumo interno de drogas nos EUA acabou por produzir a dicotomização *mundo livre* versus *países inimigos*, sendo criadas inúmeras

teorias cujo efeito, ao ganharem espaço na opinião pública, foi a difusão de pânicos morais.

Para Rosa del Olmo, a cômoda posição das agências centrais produziu resultados desastrosos porque, sendo exportado e imposto do centro à periferia, o discurso jurídico-político ignora a alteridade, ou seja, estava alheio (ou pouco preocupado) à historicidade, às questões sociais, políticas e econômicas, bem como à relação cultural entre a droga e os grupos sociais envolvidos.

Devido a essa influência dos Estados Unidos sobre o Brasil, que concerne na pressão pela adoção do modelo proibicionista, foi implementado neste País o discurso de segurança pública, num modelo de “*war on drugs* tupiniquim” (TAFFARELLO, 2006, p. 2, grifo do autor), o qual concedia à figura do traficante o papel de inimigo interno, por ser o mantenedor da disponibilidade de entorpecentes no Brasil, país intermediário no trânsito de drogas que vêm de outros países latinos, tais como Colômbia e Equador, e são exportadas para Estados Unidos e Europa. Assim, o Brasil adotou “modelo repressivo militarizado centrado na lógica bélica de eliminação/neutralização de inimigos” (CARVALHO, 2010, p. 21).

Rosa del Olmo, citada por Carvalho, afirma que a globalização da repressão às drogas se insere no projeto de transnacionalização do controle social, cuja finalidade é dirimir as fronteiras nacionais para o combate à criminalidade (*apud* CARVALHO 2010, p. 14).

O positivismo dogmático levado a cabo pela incorporação da ideologia da segurança nacional, que levou à implementação no Brasil de um modelo autoritário repressivo, decorre da “transnacionalização do controle social e da densificação do belicismo” (CARVALHO, 2010, p. 4), proveniente da política dominante dos Estados Unidos, que tem o poder de influenciar com sua política a política adotada pelos países da América Latina, submissos à grande potência do capitalismo.

Segundo Zaffaroni (2006, p. 59),

a imagem bélica, legitimante do exercício do poder punitivo, por via da absolutização do valor segurança, implica aprofundar sem limite algum o que o poder punitivo provoca inexoravelmente, que é a debilitação dos vínculos sociais horizontais (solidariedade, simpatia) e o reforço dos verticais (autoridade, disciplina).

A política proibicionista idealizada pelos Estados Unidos e posta em prática no Brasil tem a proposta de eliminar o inimigo, numa verdadeira guerra às drogas, assim batizada pelos americanos como *war on drugs*.

O controle penal atual sobre as drogas tem por base a proibição do uso e da venda de substâncias rotuladas como “ilícitas”, por meio de um discurso de proteção da saúde pública e de intensificação da punição. Porém, essa

distinção entre drogas lícitas e ilícitas deu-se por conveniência política, sem que houvesse conclusões médicas definitivas quanto à graduação e à avaliação concreta dos riscos de cada substância a ser controlada, ou mesmo sem que se tivesse proposto ou experimentado nenhum outro modelo intermediário, ou menos repressivo (BOITEUX, 2006, p. 46).

Beatriz Vargas (2011, p. 4, grifo da autora) fala em um “*superdireitopenal* – personagem central do espetáculo da eficiência do sistema criminal”, que entra em cena produzindo a prisão em massa, embora essa repressão seja incapaz de colocar fim ao tráfico de drogas.

É característica da política de drogas no Brasil uma estrutura repressiva, baseada no proibicionismo, voltada à pregada preocupação com a saúde pública. O sistema penal brasileiro reflete um modelo autoritário repressivo de controle sobre as práticas consideradas proibidas, devido à sua tipificação como crime, decorrente de uma ideologia de moralização das condutas da população excluída.

1.2 Lógica Proibicionista

Aprimorando a tonalidade alarmista, os órgãos de controle distribuem estereótipos e fazem uso de um discurso de pânico. As agências repressivas usam politicamente os entorpecentes como inimigos, através de um processo de demonização da droga (CARVALHO, 2010). Com isso, dão ensejo à ideologia da diferenciação, sob enfoque do etiquetamento ou da “reação social” (*labeling approach*).

A criminologia positivista buscava identificar as causas da criminalidade, pois partia da premissa que as características da população carcerária influenciavam o cometimento de crimes, por fazerem parte de um universo que influencia suas ações na direção de se tornarem desviantes. Segundo Machado (2009, p. 33), “evocando a verdade incontestável da ciência, o discurso positivista deslocou seu objeto de investigação do crime para o criminoso, do qual surgiram a explicação das causas da criminalidade e a solução para os males sociais”.

A criminologia sob o enfoque da reação social não justifica o crime nas condições naturalmente desviantes em que estão inseridos os criminosos, defende que essas condições, na verdade, são usadas como requisito de seleção para o rótulo de criminoso.

A respeito da criminologia crítica, Baratta (2002, p. 161) disserta:

Na perspectiva da criminologia crítica, a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos

destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é [...] um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos.

A respeito disso, Machado (2009, p. 56) afirma que

O processo que leva o indivíduo a ser socialmente rejeitado passa pela imposição de um estigma e por sua seleção, finalmente chegando à sua exclusão. Primeiramente, a estigmatização daqueles que estão em estratos político-econômicos da sociedade visa facilitar a identificação da marca deletéria de um sujeito que merece ser apartado do meio social normal. Em seguida, o programa repressor, seleciona o estigmatizado, que passa a ser o cliente e o sentido do sistema penal, dedicado a impor toda sua força punitiva sobre os selecionados para esconder sua benevolência em relação a quem já se tornou imune ou impune à sua atuação. Ao final, o êxito dessa perspectiva se concentra no fortalecimento da coesão social mediante a homogeneização dos valores e dos sujeitos que compõem esse corpo uno. Faz-se necessário estabelecer quem é “cidadão”, em relação a quem se devem preservar todas as garantias constitucionais, e quem é inimigo, criatura que, em nome da defesa da sociedade, deve ser eliminada porque já não mais convém sua incômoda existência. Enfim, estigmatiza-se, seleciona-se e exclui-se. Diferencia-se para eliminar.

A seleção agrega à figura do traficante o papel do inimigo interno, a ser eliminado pelas agências punitivas, para que seja assegurada a segurança pública. No entanto, essa proteção à segurança é ilusória. De acordo com Beccaria (1997, p. 131),

Proibir uma grande quantidade de ações diferentes não é prevenir os delitos que delas possam nascer, mas criar outros novos, é definir arbitrariamente a virtude e o vício, que nos são apresentados como eternos e imutáveis. [...] Para cada motivo que impele os homens a cometer um verdadeiro delito, há mil outros que os impelem a cometer aquelas ações indiferentes que as más leis chamam delitos; e se a probabilidade dos delitos é proporcional ao número dos motivos, ampliar a esfera dos delitos é aumentar a probabilidade de que sejam cometidos.

Essa política de proibição e punição para quem desobedece às regras visa impor um tipo de comportamento, na tentativa de afastar os cidadãos da prática de condutas consideradas arriscadas pela classe dominadora. A ânsia por domínio leva ao moralismo, com definição das condutas que são aceitas pela sociedade.

O sistema penal é seletivo e prioriza a punição de determinadas condutas, eleitas como as grandes mazelas da sociedade e em relação às quais se concentra toda a carga punitiva do Estado. Essa constatação se reforça pela leitura crítica das estatísticas criminais, com a demonstração de que o impulso repressor se volta principalmente contra comportamentos que atentem diretamente contra bens jurídicos com atestada primazia sob a perspectiva das classes dominantes detentoras do saber-poder gerenciador dos processos de criminalização.

No fim, é impossível saber quais condutas criminalizadas são mais praticadas no cotidiano social. O que se sabe é que, dentre todas as atividades delitivas cometidas, de muito poucas resulta uma persecução criminal. E, para que se verifique uma condenação, o foco da ação punitiva estatal está aperfeiçoado no sentido de apreender atos ordinariamente perpetrados por aqueles que compõem a massa pobre da população (MACHADO, p. 120).

Para Becker (2008, p. 167), desvio é resultado de um empreendimento:

Antes que qualquer ato possa ser visto como desviante, e antes que os membros de qualquer classe de pessoas possam ser rotulados e tratados como *outsiders* por cometer o ato, alguém precisa ter feito a regra que define o ato como desviante. [...] O desvio é produto de empreendimento no sentido mais amplo; sem o empreendimento necessário para que as regras sejam feitas, o desvio que consiste na infração da regra não poderia existir. O desvio é também produto de empreendimento no mais estrito e particular sentido. Depois que passou a existir, uma regra deve ser aplicada a pessoas particulares antes que a classe abstrata dos *outsiders* criada pela regra se veja povoada. Infratores devem ser descobertos, identificados, presos e condenados [...]. Essa tarefa em geral é atribuição dos impositores profissionais, os quais, ao impor regras já existentes, criam desviantes particulares que a sociedade vê como *outsiders*.

Nesse contexto, percebe-se um falso moralismo por parte dos “empreendedores morais” (BECKER, 2008) – aqueles que definem quais condutas devem ser aceitas na sociedade – , ao proibirem o uso de substâncias consideradas ilícitas, enquanto também fazem uso dessas substâncias.

Essa lógica nega a possibilidade de continuidade do uso de drogas por pessoas pertencentes às classes vulneráveis. O problema é que a classe dominante está imune a essa perseguição em relação ao que escolhe consumir, podendo fazer uso do que lhe aprouver, enquanto outra classe não tem o mesmo direito, pois é considerada perigosa e está vulnerável à criminalização secundária.

Cada pessoa deve ter o direito de escolha sobre o que consome. A imposição de abstinência a uma classe não traz resultados positivos. A coação contra o uso não diminui a vontade do usuário e, muito menos, a necessidade do dependente. Sua liberdade de escolha deve prevalecer, em respeito à alteridade. A punição só afasta essas pessoas do convívio em sociedade, aproximando-as do contato com as drogas. Só deixa de fazer uso de entorpecentes quem voluntariamente tiver acesso a tratamento.

Na opinião de Gomes (2008, p. 28),

A política proibicionista em relação ao usuário de drogas é marcada por sua incapacidade de resolver o problema que se dispôs a enfrentar. Ela também se destaca pelos inúmeros aspectos negativos advindos de sua utilização, dentre eles o ingresso do sujeito envolvido com drogas no mundo da

clandestinidade, o que, tratando-se de dependente, dificulta e muitas vezes inviabiliza o acesso a programas assistenciais. [...] no intuito de eliminar o tráfico ilícito deflagrou a criminalização de setores vulneráveis da população. A manutenção da ilegalidade da droga produziu sérios problemas sanitários e econômicos; favoreceu o aumento da corrupção dos agentes do poder repressivo; estabeleceu regimes autoritários de penas aos consumidores e pequenos comerciantes; e restringiu os programas médicos e sociais de prevenção.

Carvalho (2010, p. 69) relata a dupla face do proibicionismo, que seria a “obsessão repressivista às hipóteses de comércio ilegal e a idealização da pureza e da normalidade representada socialmente por condutas abstêmias (ideal da abstinência)”.

Essa abstinência, no entanto, se volta às camadas pobres, cujo consumo de entorpecentes é visto como problemático. Ao contrário de se conseguir que deixem de usar essas substâncias, o que é irrealizável, a política global de combate às drogas se aproveita para dominar as nações não centrais, que costumam seguir fielmente, de forma submissa, os modelos impostos, atuando contra a sua população e atendendo a vontade externa.

1.3 Discurso Médico-Sanitarista

Além da imposição de uma imagem de necessidade de combate em relação ao “mal” das drogas, foi implementado um discurso médico-sanitarista, cuja perspectiva visa inserir na mentalidade da população a necessidade de tratamento para usuários de drogas, vistos invariavelmente como doentes, como se nenhum indivíduo pudesse ter controle sobre o seu próprio consumo. Isso vai depender do tipo de droga. Há drogas que têm potencial de gerar dependência e uso compulsivo, como a nicotina, algumas anfetaminas e o *crack*, por exemplo, no entanto, ainda que haja drogas em relação às quais é mais difícil manter esse controle sobre o próprio consumo, isso não autoriza a proibição e o tratamento dessa questão pelo direito penal.

Os controles de normalidade, fortemente enquadrados por uma medicina ou uma psiquiatria que lhes garantem uma forma de “cientificidade”, apóiam-se num aparelho judiciário que, de maneira direta ou indireta, lhes traz sua canção legal (FOUCAULT, 2009).

A justificativa direcionada à saúde pública para a proibição do uso e do comércio de substâncias entorpecentes no Brasil acoberta a intenção de dominar o comportamento da população, restringindo as substâncias que podem ser consumidas, gerando um controle das classes dominantes sobre as subordinadas, inclusive nessa questão.

Ademais, não é legítimo justificar essa proibição na preocupação do Estado brasileiro em relação à saúde pública, haja vista a precariedade de assistência à saúde no

Brasil, que custa a dar atendimento aos necessitados, os quais não têm condições de pagar por prestação de saúde privada e, apesar de pagarem impostos, não tem como retorno a contraprestação do serviço de saúde de qualidade. Vítimas de um Estado que não investe o suficiente no bem jurídico essencial que é a saúde pública, quem precisa de atendimento para consultas de rotina, para tratamento de doenças ou assistência após sequelas em acidentes já tem suas demandas negadas, por negligência nos cuidados com a saúde pública. Se o Estado já demonstra sua incapacidade em cuidar dos cidadãos que anseiam por tratamentos médicos, soa falsa a preocupação com a saúde dos usuários de drogas.

É elementar o conflito entre agências do sistema penal e órgãos de saúde. Há visíveis obstáculos ao acesso de usuários e dependentes a estes serviços. Os inúmeros problemas que a criminalização gera no Brasil tornam relevante o reconhecimento da descriminalização como condição para redução de danos, sobretudo para mudar a realidade.

Além de a preocupação com a saúde pública não ser justificativa legítima, em razão de seu estado precário no Brasil, parece contraditória a permissão de uso de certos tipos de substâncias psicoativas, conhecidas como drogas lícitas. Essas drogas são indicadas por médicos, no entanto, em excesso, também podem causar mal. As consideradas ilícitas, se bem administradas, podem evitar danos decorrentes do seu uso excessivo. Entretanto, o que se tem hoje é uma classificação dessas substâncias, atribuindo a categoria de lícitas às que são medicadas enquanto as demais são ilícitas, com o propósito de limitar à classe médica a sua prescrição. A preocupação, portanto, é com o monopólio e não com a dependência, o que é afirmado por Alves (2010, p. 12):

[...] a criminologia psiquiátrica trilha dois caminhos diferentes que, entretanto, encontram-se na chegada. Por um lado, já parte de uma etiqueta negativa em relação a consumos outros que não os terapêuticos de drogas lícitas, pois consideram que aqueles carregam a ameaça constante de transformarem-se em dependência química. Por outro, reforça o próprio monopólio do direito de prescrever medicamentos que geram estados alterados de consciência, retirando do sujeito a possibilidade de gerir a si mesmo.

A problemática da dependência química é aproveitada, num contexto de pânico, para justificar a ilegalidade de certos tipos de drogas. A psiquiatria oficial defende o uso estritamente médico de substâncias psicoativas (ALVES, 2010). Assim como o Estado cria crimes, tipificando condutas e lhes atribuindo sanções, também cria doenças, usando os problemas psicológicos dos pacientes para produzir doenças. Não que os problemas de saúde psicológica não sejam sérios, mas são usados como forma de legitimar o consumo de certas drogas, prescritas por médicos, as quais são consideradas lícitas, enquanto as demais, que essa

classe ainda não precisa prescrever, continuam na esfera do ilícito, onde foram incluídas pela política de dominação repressiva.

Indiferente ao uso não problemático de drogas, pois as ilícitas se bem administradas, podem não causar mal, a “criminologia psiquiátrica” (ALVES, 2010, p. 13) coopera com a manutenção do proibicionismo, reforçando a diferenciação entre as drogas lícitas e as ilícitas.

Para Alves (2010, p. 62), o conceito médico-psiquiátrico de dependência química “unifica em uma categoria nosológica existências absolutamente distintas, que possuem em comum uma relação problemática com algum tipo de droga e para quem geralmente são prescritos os mesmos tratamentos”. Acredita ser mais fértil trabalhar com conceitos mais amplos e divide os usos em “problemáticos” e “não problemáticos”. Os primeiros, diz, “são aqueles que acabam por gerar o rompimento dos laços do consumidor com sua rede interpessoal e desintegrar os seus laços afetivos”. Os segundos “são aqueles controlados culturalmente, que encontram metáforas sociais que lhes conferem um mero espaço no âmbito das demais preocupações afetivas do sujeito, mas que não se tornam os protagonistas da sua existência” (2010, p. 63).

Defende-se não a desconsideração do componente químico, tampouco dos saberes médicos, mas situar tais saberes dentre outros que tratam das drogas, colocando-os em posição de igualdade e evitando o posto de um saber absoluto e correto.

Acredita Alves (2010, p. 64) que “os casos com os quais o sistema penal lida após a seleção criminalizadora seriam de usos não problemáticos”, o que é ainda mais grave. E afirma o seguinte: “O desvio somente será produzido quando o sujeito estiver prestes a tornar-se um ‘perdedor’, por ter se descuidado da assepsia das experiências e da aparência pessoal: quando estiver apresentando vestígios de degradação” (2010, p. 113-114).

Para o jurista, torna-se desvio quando a pessoa se afasta do projeto pessoal, de cuidar dos seus afazeres, de sua aparência, entrando num processo de degradação. Todavia, essa condição não vale para os desprivilegiados, que não são vistos como usuários eventuais que mantêm uma vida normal, eles são vistos como potenciais criminosos.

A bandeira do antiproibicionismo levanta justamente a possibilidade de autogestão no consumo de drogas, sendo um dos seus pressupostos, junto ao fim do amedrontamento que uma política que demoniza as drogas impõe. Em relação à autogestão, mais uma vez Alves (2010, p. 203): “[...] os usos não problemáticos de drogas não dizem respeito, nem aos profissionais da saúde, nem aos profissionais do direito. O que diz respeito aos profissionais da saúde são apenas os consumos problemáticos”.

Em citação, Carvalho (*apud*, 2010, p. 163) expõe nota de Karam, afirmando que, em relação ao uso de substância que causa alteração psíquica, “não há como identificar ofensa à saúde pública, dada a ausência daquela expansibilidade do perigo”. Se a preocupação estivesse voltada de fato para a saúde pública, o investimento seria direcionado aos toxicômanos.

Não há hierarquia entre direitos que justifique “a ofensa comissiva à saúde individual amparada pelo discurso da tutela penal da saúde pública não fornecida” (CARVALHO, 2010, p. 164).

O bem jurídico saúde pública é tutelado em detrimento da saúde individual do dependente, que não tem acesso ao sistema público de saúde, o qual seria disponibilizado caso o Brasil adotasse de fato uma política de combate aos danos, que só é viável com o fim do proibicionismo.

1.4 O Estereótipo Usuário-Doente e Dependente-Delinquente

Carvalho (2010, p. 185) atenta para o quanto esta questão da “ruptura com os binômios usuário-dependente e dependente-delinquente” merece destaque. Cada pessoa tem uma relação distinta com os diferentes tipos de drogas, não sendo viável estabelecer padrões de comportamento. Devido à complexidade das interações individuais e culturais com as drogas, a busca por simplificações e fórmulas resolutivas acaba produzindo invariavelmente mais danos que o risco derivado do consumo de entorpecentes.

A recente alteração do tratamento legal dado ao uso de drogas no Brasil não impede que usuários e adictos sejam rotulados como traficantes, ao critério discricionário dos agentes de polícia, que selecionam quem será objeto de controle por parte do judiciário. No entendimento de Alves (2010, p. 205): “Em verdade, a atuação judicial é praticamente inexistente, limitando-se a referendar o termo circunstanciado firmado pela polícia e a proposta de transação escolhida mecanicamente pelo promotor de justiça”.

O que ocorre, muitas vezes, é que o toxicômano vende drogas para sustentar seu vício e, quando surpreendido pela polícia, é indiciado como traficante. Seu “tratamento” passa a ser a prisão, forma encontrada pelo Estado para afastar da sociedade um problema que não consegue resolver de forma humanizada. A cura de dependência do adicto seria mais provável se houvesse preocupação e investimento no tratamento clínico.

Nesse sentido, afirma Carvalho (2010, p. 186): “Assim como é falsa a correlação entre uso e dependência, a associação dependência e crime é equivocada,

representando simplificação do problema. E situações complexas exigem problematizações e respostas complexas”.

Portanto, o usuário que tem controle sobre o consumo é tido como doente, enquanto o viciado fica vulnerável ao estereótipo de traficante. É o que Carvalho (2010, p. 15) afirma ser a ideologia da diferenciação, estabelecida por um discurso que tem como característica principal “traçar a nítida distinção entre consumidor e traficante, ou seja, entre doente e delinquente, respectivamente”.

Assim, sobre os culpados (traficantes) recairia o discurso jurídico-penal do qual se extrai o estereótipo do criminoso corruptor da moral e da saúde pública.

[...]

Não obstante o processo da demonização da droga, face à consolidação da ideologia da diferenciação, pode ser visualizado o uso político dos entorpecentes pelas agências repressivas através da nomeação de novos inimigos (CARVALHO, 2010, p. 15-16).

1.5 A Seletividade do Sistema Penal e o Preço Pago pelos Vulneráveis

Além da diferenciação entre usuário/doente e viciado/delinquente, há aquela que classifica conforme a classe a que pertence a vítima de abordagem policial. Uma pessoa que porta drogas e é abordada pela polícia, na maioria das vezes, é pobre, haja vista a menor probabilidade de um integrante da classe média alta ser abordada. Nas palavras de Alves (2010, p. 176), “é gritante a ausência de flagrantes das práticas tóxicas das elites”. E quando uma pessoa branca, bem vestida, com “boa” aparência, é vista portando drogas, pode até ser abordada por policiais, todavia, não sofrerá a carga do estigma de traficante, mas de usuária, recebendo uma pena, que também é desnecessária, porém mais branda que a recebida por quem é qualificado como traficante, que é a advertência e, quando muito, a obrigação de frequentar por algumas vezes grupo de narcóticos anônimos.

Já o pobre abordado portando droga, mesmo que em menor quantidade, imediatamente recebe o estereótipo de traficante, sendo submetido, na maioria das vezes, à degradante pena de prisão. A polícia, incentivada pela política proibicionista, não “toma como objeto os usos não problemáticos de drogas, sobretudo porque, em um contexto de extrema miséria e violência, tais fenômenos, caso ocorram, são de difícil observação, pois distorcidos pela dureza da realidade que os cerca” (ALVES, 2010, p. 27).

Na abordagem dos hiatos de criminalização, Carvalho (*apud* 2010, p. 26-27) menciona Vera Malaguti Batista, que afirma:

Aos jovens de classe média [...] aplicou-se sempre o estereótipo médico e aos jovens pobres que a comercializavam, o estereótipo criminal. Este

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

Conforme Becker (2008, p. 140), os “atos de imposição não decorrem automaticamente da infração de uma regra. A imposição é seletiva, e diferencialmente seletiva entre tipos de pessoa (sic), em diferentes momentos e em diferentes situações”.

Para Baratta (2002, p. 94-95, grifo do autor), “não é o comportamento, por si mesmo que desencadeia uma reação segundo a qual o sujeito opera a distinção entre ‘normal’ e ‘desviante’, mas somente a sua *interpretação*, a qual torna esse comportamento uma ação provida de significado”. Aqui, nota-se a interpretação do comportamento de uso de drogas por um jovem pobre, que mora em área conhecida pelo comércio de drogas, como de um traficante.

Beatriz Vargas (2011, p. 2) afirma que “os traficantes são preferencialmente recolhidos entre os mais débeis e fragilizados frente ao sistema penal, dotados de escassa capacidade de defesa e resistência ao empreendimento criminalizador”, o que aprofunda a exclusão social da pobreza.

Nessa linha de pensamento, Alves (2010, p. 171, grifo do autor) entende que “a *atitude suspeita* ainda serve de álibi à atuação preconceituosa da polícia” e cita Vera Malaguti Batista, que afirma:

Analisando a fala dos policiais, o que se vê é que a ‘atitude suspeita’ não se relaciona a nenhum ato suspeito, não é atributo do ‘fazer algo suspeito’ mas sim de ser, pertencer a um determinado grupo social; é isso que desperta suspeitas automáticas. Jovens pobres pardos ou negros estão em atitude suspeita andando na rua, passando num táxi, sentados na grama do Aterro, na Pedra do Leme ou reunidos num campo de futebol (*apud* ALVES 2010, p. 171).

Isso mostra que a “atitude suspeita” relaciona-se a ser (pobre, morador de favela, estigmatizado) e não a fazer algo suspeito. À mesma conclusão chegam Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 69):

[...] o sistema penal, dada sua seletividade, parece indicar mais qualidades pessoais do que ações, porque a ação filtradora o leva a funcionar desta maneira. Na realidade, em que pese o discurso jurídico, o sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas mais que contra certas ações.

Essa seleção, tendo como foco qualidades pessoais, é típica do direito penal de autor, que é conceituado por Zaffaroni (2006, p. 131):

Este direito penal supõe que o delito seja sintoma de um estado do autor, sempre inferior ao das demais pessoas consideradas normais. Tal inferioridade é para uns de natureza moral e, por conseguinte, trata-se de uma versão secularizada de um estado de pecado jurídico; para outros, de natureza mecânica e, portanto, trata-se de um estado perigoso.

O pobre não pode privar-se da interação social para ficar imune a esse estigma. A interação social, afirma Alves (2010, p. 176), “produz etiquetas sem parar, e o *status* negativo derivado do estereótipo criminal é o contrário do estereótipo do ‘cidadão de bem’, que está no imaginário e que imuniza seus portadores das abordagens policiais”.

Os usos de drogas são objetos secundários, pois vinculados ao problema maior, que se refere à situação de risco na qual vive parcela considerável dos jovens pobres brasileiros, seja participando ativamente do “movimento”, seja vivendo em meio à guerra entre grupos rivais contra a polícia (ALVES, 2010, p. 27).

A polícia, na caça contra os inimigos, desrespeita os moradores humildes de favelas e outros locais de habitação da classe pobre, conhecidos como foco de venda de drogas. Ao abordar um usuário com porte de drogas, lhe atribui a condição de traficante, pelo simples fato de se tratar de uma pessoa pobre. Se abordasse uma pessoa elitizada, o que dificilmente acontece, que portasse a mesma quantidade ou um pouco mais de drogas, esta não sofreria o etiquetamento de traficante.

A ação dos policiais, chamada por Zaffaroni, Nilo e outros (2001, p. 56, grifo do autor) de *policização*, é descrita por esses autores como sendo um “processo de *seleção, treinamento e condicionamento institucional ao qual se submetem os operadores das agências policiais*”. Afirmam que os policiais são recrutados “nas mesmas camadas sociais com maior incidência das seleções criminalizante e vitimizante” (2001, p. 56). Recebem salários e custos operacionais modestos, o que leva esses operadores a buscar orçamento de forma ilícita, “chegando ao paradoxo de que a agência de prevenção do delito se financia através da prática de alguns delitos” (2001, p. 56).

Isso gera uma imagem negativa dos policiais, de falso moralismo e de desprezo, em relação à sua atuação, por uma parte seleta de pessoas. No entanto, as atitudes antipáticas e condutas ilícitas assumidas por essa agência, são aprovadas abertamente por boa parte da sociedade, até no uso abusivo de violência contra o “bandido” em geral. Algumas das atividades informais e extralegais de policiais recaem, de acordo com Becker (2008, p. 140), numa categoria de “atos de imposição baseados em regras inventadas no momento unicamente para justificar o ato”. No entanto, eles cumprem seu papel de repressão,

decorrente da política de violência adotada pelo Estado, e dirigida à classe também selecionada criminalmente, os pobres.

Essa política incentivadora da violência aumenta a desigualdade no tratamento, pois legitima as práticas abusivas e ilegais da polícia, que seleciona aqueles que serão levados ao judiciário.

Tudo isto demonstra que, ao menos em boa medida, o sistema penal seleciona pessoas ou ações, como também criminaliza certas pessoas segundo sua classe e posição social. Assim, está visto que não limita muito as possibilidades laborais de certos profissionais condenados, mas limita as de outras pessoas. Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente “vulneráveis” ao sistema penal, que costuma orientar-se por “estereótipos” que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetamento como também daquele que se solidariza ou contata com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição, por parte das autoridades com rol de suspeitos permanentes, incrementa a *estigmatização* social do criminalizado (ZAFFARONI, 2009, p. 69).

O que se vê é o combate ao tráfico com o ideal de reprimir, e não de prevenir ou recuperar. O proibicionismo justificado na saúde pública oculta as reais razões de sua imposição. Sobre os pobres, que são aqueles identificados como traficantes, recai a repressão. Dos atuantes no tráfico de drogas, a parcela que paga pela criminalização do tráfico é a vulnerável, que fica ao alcance dos policiais, e que pouco lucra com a atividade quando se compara aos grandes traficantes, nos quais a atuação policial dificilmente chega.

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 (CARVALHO, 2010, p. 26).

São os policiais que acabam selecionando aquele que sofrerá as consequências de uma lei pensada por políticos que buscam criminalizar condutas selecionadas de comportamentos da classe vulnerável. Os pobres, assim, sofrem dupla injustiça, ou melhor dizendo, dupla criminalização, com a criminalização primária, nas leis, e a criminalização secundária, sua seleção corporal.

Como consequência das pesquisas criminológicas, principalmente das estruturadas no paradigma da reação social, percebeu-se que a reação contra o delito conduzida pelas agências oficiais de punitividade caracteriza-se pela seletividade e pela desigualdade, gerando danos muitas vezes superiores aos do próprio delito praticado (violência institucional) (CARVALHO, 2010, p. 89).

Seletividade, repressividade e estigmatização são, para Nilo Batista (2007), algumas características centrais de sistemas penais como o brasileiro. Carvalho (2010, p. 147)

acredita que “não invariavelmente a resposta punitiva produz mais danos à sociedade e ao usuário ou dependente que a própria droga”.

Essa violência cotidiana do sistema penal, segundo Zaffaroni (2001, p. 125), “recai sobre os setores mais vulneráveis da população e, particularmente, sobre os habitantes das ‘vilas-misérias’, ‘favelas’, ‘cidades novas’, etc”.

O mesmo entendimento tem Alves (2010, p. 119):

Nos contextos de extrema miséria, alguns tipos de uso de drogas estão conectados ao genocídio em andamento contra a juventude pobre de nosso país. É que os recrutados do negócio varejista da venda de drogas são jovens que usam drogas e que muitas vezes as vendem justamente para sustentar o vício. Desse modo, os jovens, usuários de drogas e microtraficantes, são aqueles assassinados pela polícia na “guerra contra as drogas”, bem como constituem a massa daquelas pessoas que são presas acusadas por tráfico.

A realidade mostra o genocídio da juventude pobre, que paga o preço do proibicionismo com sua morte ou prisão e exclusão permanente.

A maioria dos casos que chegam ao sistema penal tem como autores sujeitos em estado de vulnerabilidade, devido à sua correspondência com o estereótipo criminal. Desse modo, não interessa a causa do delito, mas a seleção, a tipificação de condutas como crimes.

Para Nilo Batista (2007, p. 26, grifo do autor),

O sistema penal é apresentado como *igualitário*, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é *seletivo*, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas. [...] O sistema penal é também apresentado como *justo*, na medida em que buscaria prevenir o delito, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade – na expressão de von Liszt, “só a pena necessária é justa” –, quando de fato seu desempenho é *repressivo*, seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais ou ilegais. Por fim, o sistema penal se apresenta comprometido com a proteção da dignidade humana – a pena deveria, disse certa ocasião Roxin, ser vista como o serviço militar ou o pagamento de impostos –, quando na verdade é *estigmatizante*, promovendo uma degradação na figura social de sua clientela.

A atuação das agências penais causa danos que, em alguns casos, ultrapassam o custo do delito. A sua incidência provoca distorção na imagem das pessoas criminalizadas com a distribuição de rótulos e o conseqüente processo de estigmatização, com os efeitos perversos gerados pela apartação e com a promoção dos desvios secundários inerentes à criminalização (CARVALHO, 2010).

Em pesquisa realizada em parceria pela UFRJ e UnB sobre Tráfico de Drogas e Constituição, abordando as cidades de Brasília, Rio de Janeiro e também a Justiça Federal, é afirmado o seguinte:

Identificou-se que o comércio de drogas ilícitas tem um papel importante como alternativa econômica para os habitantes das favelas, embora não se possa generalizar, pois a grande maioria de seus moradores não se envolve com tal atividade.

[...]

No varejo, pequenos traficantes, que costumam ser os únicos presos e identificados publicamente, realizam bons lucros, podendo o dono da boca quintuplicar o que pagou pela mercadoria, seguido pelo gerente e o vapor, que também recebem percentuais do “movimento”. Aviões e olheiros não têm ganho certo, podendo alguns receber bem mais do que operários da construção civil, por exemplo. Porém, se trata de atividade de alto risco de prisão, pois estes não conseguem corromper os policiais como aqueles que estão nos extratos mais altos da hierarquia.

Assim, esses seres absolutamente descartáveis, que são os pequenos e microtraficantes representam os elos mais fracos da estrutura do comércio de drogas ilícitas, e sofrem toda a intensidade da repressão, como se pode observar na análise das sentenças judiciais coletadas no Rio e em Brasília.

[...]

Diante da clara incapacidade de impedir a venda ou o consumo, a polícia atua apenas eventualmente, quando interessa e da maneira que interessa. Ainda que a agência policial fosse eficaz, bem aparelhada e incorruptível, o que não ocorre em nenhum lugar, não seria capaz de impedir que a indústria da droga ilícita mantivesse suas atividades em funcionamento, nem muito menos o sistema penitenciário teria condições de absorver todos os comerciantes de drogas (BOITEUX, 2009, p. 43).

1.6 Cortina de Fumaça

Em documentário, dirigido por Rodrigo Mac Niven, intitulado *Cortina de Fumaça*, é retratada a questão da política de drogas vigente no mundo, dando atenção às suas consequências político-sociais em países como o Brasil e em particular no Rio de Janeiro. Através de entrevistas nacionais e internacionais com médicos, pesquisadores, advogados, líderes, policiais e representantes de movimentos civis, o jornalista Rodrigo Mac Niven traz a nova visão do início do século 21 que rompe o silêncio e questiona o discurso proibicionista.

No documentário, chama atenção o caso de Alexandre, morador de Porto Alegre, que foi diagnosticado com tumor maligno no pescoço, o que o levou a fazer seções de quimioterapia. Essas seções produziram no paciente náuseas e vômitos. O médico comentou que não poderia receitar, mas que, se fosse em outros países, provavelmente os médicos recomendariam o uso da *cannabis*. Alexandre pesquisou, viu relatos de outros pacientes e tomou a iniciativa de importar sementes da Holanda, por um *site*, e plantou em um pequeno canteiro na sua horta, na qual ele mantinha outras plantações. No verão, ele cultivava o que

precisaria para o ano inteiro, pois a colheita se faz uma vez por ano, ele explica, e o clima do sul não possibilita o cultivo em outra estação. O consumo de chá de maconha melhorava os sintomas decorrentes da quimioterapia. Segundo relatos do paciente, o consumo da *cannabis* lhe devolveu a sensação de bem-estar e de prolongamento de vida, que ele perdera após o diagnóstico da doença e com as sessões de quimioterapia. O paciente plantou maconha em seu jardim, com o objetivo de ter disponível a planta para produção do chá para uso próprio e, no entanto, a partir de uma denúncia anônima, ele foi indiciado como traficante. Agora, ele luta para que o Ministério Público o denuncie apenas como usuário e que ele possa continuar seu tratamento plantando a própria maconha. Resta a pergunta: a quem essa pessoa estava fazendo mal? Nem a ela mesma. Pelo contrário.

Nesse entendimento posiciona-se Karam (2007, p. 141-142):

O proibicionismo criminalizador desvincula-se de reais preocupações com a saúde pública, que enganosamente anuncia pretender proteger, demoniza as substâncias proibidas e impõe obstáculos até mesmo a seu livre emprego com fins terapêuticos, como no uso da maconha para aliviar dores, náuseas e perda de apetite em pacientes com Aids ou sob tratamento quimioterápico.

1.7 A Punição Carcerária

Prisão “é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere” (NUCCI, 2008, p. 573). Serve para abster a liberdade de quem descumpra normas penais. Embora a lei penal teoricamente seja direcionada a todos que a infringem, essa sanção alcança majoritariamente uma classe selecionada para cumprir as normas impostas pela classe dominante e, no seu descumprimento, ser afastada do convívio social.

As penas privativas de liberdade constituem-se em verdadeira contradição ao fim buscado. É impraticável a ressocialização do homem dentro do presídio, onde os valores que prevalecem destoam daqueles que deve obedecer quando em liberdade. Do ponto de vista educativo e ressocializador, a prisão é inútil. Além do que, os direitos dos presos, previstos no art. 38 do Código Penal (CP), são esquecidos e não há esforços sérios para garanti-los. Assim, a prisão funciona não para educar, mas tão somente para afastar da sociedade um indivíduo considerado perigoso.

A pena de prisão continua a ser necessária para detenção dos criminosos de alta periculosidade, quando esses, devido à atrocidade da ação que cometeram, não apresentam condições de convívio em sociedade. Nessa linha, afirma Mirabete (2005, p. 252) que “a prisão, deve-se reconhecer, é insuprimível, quer como instrumento de repressão, quer como defesa social”. No entanto, há alternativas à pena de prisão mais eficazes e humanas que

devem ser atribuídas àqueles que cometeram crimes menos graves, com penas de curta duração. Nessa situação deve ser incluído o pequeno traficante.

Não adianta ameaçar o consumidor de droga com a prisão, medida que não faz efeito para garantir a abstenção. No ambiente prisional, aliás, tampouco é incomum o uso de drogas. Alves (2010), adotando como exemplo o Presídio Central de Porto Alegre, afirma que existe um consumo massivo no presídio. Afirma, ainda, que a Brigada Militar, que controla o presídio, sabe que os internos consomem e tolera tais práticas como estratégia de manutenção da ordem carcerária. E acrescenta que, da mesma forma, os membros do Ministério Público e os juízes das varas de execução criminal sabem de tal fato, mesmo que, em alguns casos, finjam não saber. Portanto, o presídio pode ser considerado um território no qual o consumo de substâncias psicoativas é tacitamente legalizado. Algumas vezes, há repressão, no entanto, trata-se de simulacro, que serve somente para agradar a opinião pública e conferir aparência de que está tudo “sob controle”. Com isso, nota-se que a liberação do consumo de drogas no cárcere pode ser considerada uma das principais estratégias de política carcerária adotadas atualmente. O poder público tolera o uso para manter os encarcerados domados.

É contraditório permitir o uso na prisão para manutenção da ordem e justificar a proibição de todos os tipos de drogas ilícitas no perigo que seu consumo, pelos pobres, pode causar. Parece ser uma justificativa, na verdade, para afastar do convívio social quem representa um perigo para a sociedade. Além do que, o uso pela classe média alta não sofre o mesmo estigma.

Há que se considerar, inclusive, que a entrada de drogas nas prisões se faz mais pelas mãos de policiais corruptos, conforme depoimento de Alves (2010, p. 162): “[...] a droga não entra pelas visitas, mas sim pelos policiais corruptos. Que também entra pelas visitas, é claro, mas o grosso mesmo é pela polícia”. Quando os policiais fazem revistas, “[...] policiais corruptos avisam com antecedência o dia da revista, e outros policiais corruptos inclusive ‘guardam as drogas da galera’ quando vai haver revista” (2010, p. 163).

Além de não evitar o uso de entorpecentes, a prisão provoca maior estigma e corrompe a personalidade do presidiário, que aprende, com os demais, a praticar novos crimes. Alguém que cometeu o ato de vender drogas para sustento próprio acaba aperfeiçoando-se na prática de crimes.

Como bem afirma Foucault (2009, p. 252), a prisão fabrica delinquentes: “Fabrica-se pelo tipo de existência que faz os detentos levarem: que fiquem isolados nas celas, ou que lhes seja imposto um trabalho inútil, para o qual não encontrarão utilidade, é de

qualquer maneira não ‘pensar no homem em sociedade; é criar uma existência contra a natureza inútil e perigosa’”.

Baratta (2002, p. 183-184) evidencia os efeitos dos institutos de detenção:

[...] os institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado, e favoráveis à sua estável inserção na população criminosa. O cárcere é contrário a todo moderno ideal educativo [...].

[...]

Exames clínicos realizados com os clássicos testes de personalidade mostraram os efeitos negativos do encarceramento sobre a *psique* dos condenados e a correlação destes efeitos com a duração daquele. A conclusão a que chegam estudos deste gênero é que “a possibilidade de transformar um delinquente anti-social violento em um indivíduo adaptável, mediante uma longa pena carcerária, não parece existir” e que “o instituto da pena não pode realizar a sua finalidade como instituto de educação”.

Além disso, o ex-presidiário, que já pagou sua pena, continua a sofrer preconceito, pois aquele estigma que recebeu está arraigado e a sociedade continua considerando-o um criminoso, bem como a instituição penal, “depois de ter feito os condenados pagar sua pena, continua a segui-los através de toda uma série de marcações” (FOUCAULT, 2009, p. 258).

Conforme Baratta (2002, p. 89):

[...] a reação social ou a punição de um primeiro comportamento desviante tem, frequentemente, a função de um “commitment to deviance”, gerando, através de uma mudança da identidade social do indivíduo assim estigmatizado, uma tendência a permanecer no papel social no qual a estigmatização social o introduziu.

1.8 Penas Restritivas de Direitos

Diante da ineficácia da pena privativa de liberdade, a tendência atual é o ceticismo em relação à sua utilidade para aqueles que praticam delitos de menor gravidade. Para os condenados por esse tipo de crime, a aplicação de substitutivos penais para a prisão já cumpriria o papel de sanção e evitaria o aprendizado de crimes mais graves. Hoje vem crescendo uma ideia de prisão centrada na necessidade de prevenção de riscos e evitação do perigo, o que justifica que seja ocupada por aqueles que cometeram crimes violentos, que recomendem a custódia. Além disso, o custo econômico é responsável pelas medidas alternativas à prisão, aliado aos problemas políticos de administração estatal de uma população crescente de detentos.

A Lei n. 9.714/98 alterou o tema em questão, aumentando as espécies de penas restritivas de direitos, bem como sua incidência. A Lei contemplou, como regra, delitos

punidos com penas de até 4 (quatro) anos de condenação, quando se tratar de crimes dolosos, ou qualquer que seja a pena aplicada, no caso de crimes culposos.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos condiciona-se ao preenchimento dos requisitos dispostos no artigo 44 do CP. Assim, para que o benefício da conversão da pena seja auferido, exige-se, como condições objetivas, que a pena privativa de liberdade aplicada seja igual ou inferior a quatro anos e o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; ou que o crime seja culposo, qualquer que seja a pena aplicada.

As penas restritivas de direitos são uma solução mais benéfica, que permite afastar o condenado dos problemas da custódia celular, tais como superlotação carcerária, descaso do Poder Público, dentre outros.

Não faz sentido deixar-se de atribuir aplicação das penas alternativas a réus cuja ação não foi praticada com violência ou grave ameaça, e que não ofereçam periculosidade e possam permanecer em liberdade.

No entanto, o alargamento de possibilidades de concessão de substituição das penas exige providências do Estado para efetivação dessa possibilidade, com resultados positivos para os condenados. A falta de infraestrutura para essa concessão impossibilita a ressocialização dos condenados, acarretando numa desmoralização dessa iniciativa.

1.9 Justiça Terapêutica

Modelo baseado no princípio do tratamento compulsório, a Justiça Terapêutica é um programa judicial que busca oferecer tratamento ao dependente químico envolvido com a Justiça, em substituição ao processo criminal.

Trata-se de um conjunto de medidas que visam modificar os comportamentos delituosos, tendo como proposta a possibilidade de infratores usuários e dependentes de drogas receberem tratamento. Em crimes que admitem a suspensão condicional do processo, no momento da transação penal, haveria a proposição de intervenção terapêutica, com acompanhamento de equipe da área de saúde. O tratamento adquiriria natureza de medida socioeducativa ou de segurança e estaria vinculado ao período da transação/suspensão. Todavia, em caso de descumprimento das condições estabelecidas, o processo criminal seria reinstalado (CARVALHO, 2010).

O principal marco do projeto é o da substituição do sistema de penas pelo de tratamento (medidas) reduzindo as taxas de prisionalização das pessoas envolvidas com substâncias entorpecentes.

[...]

Nota-se, ao avaliar a estrutura ideológica e as funções não declaradas do programa, que o projeto Justiça Terapêutica não apenas retoma os modelos defensivistas que substituem penas por medidas de segurança, como reedita perspectiva sanitária na qual o usuário de drogas é visto invariavelmente como doente crônico, dotado do atributo periculosidade. Não obstante, ao vincular na mesma categoria usuários e dependentes, não estabelecendo as necessárias distinções, o programa estabelece pautas moralizadoras e normalizadoras próprias de modelos penais autoritários fundados no periculosismo. Em realidade, sob o declarado fim de auxiliar, via tratamento, o indivíduo envolvido com drogas, o projeto lhe retira a qualidade de sujeito, negando-lhe possibilidade de fala e de interação. A propósito, esta é a característica marcante dos discursos penais que se fundem com a lógica psiquiátrica etiológica (CARVALHO, 2010, p. 289-290).

A aproximação entre penas e medidas (educativas, socioeducativas ou de segurança) torna o sujeito objeto de intervenção criminológica, sem possibilidade de interagir na definição do rumo e do objetivo do tratamento. Práticas comuns das intervenções terapêuticas, como a obrigação de abstinência e de participar de testes laboratoriais para verificação do uso de drogas, além da exigência de comparecimento às sessões de terapia de forma regular e pontual, entre outras, ofendem os direitos e garantias individuais, em especial, a intimidade e a vida privada (CARVALHO, 2010).

Além disso, “tais requisitos [...] não se harmonizam com a ideia de redução de danos que deve imperar em casos que envolvem problemas de saúde coletiva, constituindo-se, exclusivamente, em projetos moralizadores” (CARVALHO, 2010, p. 291).

Ao se condicionar a continuidade do tratamento à abstinência, verificada por meio de exame laboratorial coercitivo, e impor-se sanções aos casos de descumprimento, deixa-se de considerar o fato de que recaídas são naturais no decorrer do tratamento (CARVALHO, 2010).

Essa visão monofocal (criminalizante), para Carvalho (2010), talvez tenha como seu principal equívoco a falsa conexão entre usuário e toxicômano. Muitas vezes, os consumidores de drogas não são dependentes e consomem eventualmente substâncias tóxicas, lícitas e/ou ilícitas. Por outro lado, os adictos não conseguem cumprir a imposição de abstinência, diante da dificuldade em lidar com o vício, o qual tem as recaídas como um processo natural.

O usuário é visto como viciado, como doente e, por imposição da Justiça Terapêutica a ele é atribuído um “tratamento” de que ele não necessita. Enquanto isso, o toxicômano, que realmente necessita de ajuda, por não conseguir controlar o uso para levar uma vida normal, não tem acesso, na rede pública, a tratamento de qualidade, que lhe permita acompanhamento clínico eficaz. O viciado, que precisa de tratamento de qualidade, com

acompanhamento profissional sério, não o recebe, mas recebe como tratamento a pena de prisão, por não conseguir se livrar do vício por meio de uma imposição.

Um tratamento comprometido com a saúde e os direitos do indivíduo poderia ser viável em programas de redução de danos.

O que parece ser relevante nos programas de redução de danos é o elemento de voluntariedade e a interação que se exige entre o paciente e o seu tratamento. Diferente dos modelos fundados sob a lógica proibicionista, abdica-se do ideal de abstinência e de cura, invariavelmente impostos pela coação, com a redução do dependente à condição de incapaz de compreender a situação na qual está envolvido (CARVALHO, 2010, p. 186).

A Justiça Terapêutica centra sua atenção no tratamento compulsório e acredita ser esta a forma adequada para cuidar do usuário ou tratar o dependente.

1.10 Considerações Finais

Numa típica cultura de guerra, que amaldiçoa as drogas e atribui ao traficante o estigma de inimigo interno, alguém deve ser eliminado, o que incentiva a polícia, na tensão entre “lei e ordem”, a escolher a violência para manter a ordem, quando percebe que a lei é “insuficiente” ou “branda”.

O fracasso da política de drogas não é admitido pelas instâncias de poder, que disseminam a crença no atingimento do resultado esperado com a intensificação dessa política, não reconhecem que a política é falha e a solução não é aumentar a abordagem repressiva, mas tentar a via alternativa, não proibicionista.

Diante da perda da segurança individual, vivenciada pela sociedade, e a falência da segurança pública, Carvalho (2010, p. 78) afirma o seguinte:

No cálculo entre custos e benefícios, o sacrifício de determinados direitos e garantias fundamentais aparenta ser preço razoável a ser pago pela retomada da segurança. Sua assimilação resta ainda mais fácil se esses 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.

No entanto, não apenas o “inimigo” sofre com isso. Um inocente pode sofrer tais consequências e, ainda, pessoas em situações débeis, com menos capacidade defensiva em face da agência policial, que sofrem as consequências de desrespeito de seus direitos, em nome de uma justiça que serve para dar tranquilidade a uma classe que vive longe desses locais visados pela polícia. O pobre paga o preço da suposta segurança que o Estado finge garantir aos ricos, por meio da atividade muitas vezes desrespeitosa e autoritária dos policiais. Os momentos de desestabilidade são aproveitados para fazer crer que a solução é a repressão.

A política proibicionista fomenta o comércio ilegal, a corrupção dos agentes de polícia e a violência, além de propiciar o desrespeito aos direitos e garantias individuais decorrente do abuso de poder de agentes públicos.

Mesmo diante da constatação de que a droga pode danificar o organismo e a *psique*, não é ilegítimo permitir seu uso de forma controlada, muito menos deixar de punir quem consome, pois não se pune a autoflagelação. Punir a dependência é cruel. A criminalização só afasta essas pessoas da possibilidade de solução de seus “impasses existenciais” (CARVALHO, 2010, p. 147).

Por não serem aceitos e sofrerem preconceito, dependentes de drogas que têm intenção de deixar o vício, mas não conseguem sozinhos, tentam esconder sua condição da sociedade e se afastam de ajuda. Os mecanismos de assistência sanitária não estão abertos nem preparados para receber adictos, nem as campanhas públicas contra o uso de droga estão voltadas aos dependentes, só atingem quem não faz uso e, portanto, quem não precisa da campanha.

Os adictos integrados à sociedade têm mais possibilidade de abandonar a droga que aqueles que vivem marginalizados.

Países europeus vêm adotando políticas alternativas, como a aceitação do uso, e até a descriminalização (em Itália, Espanha e Portugal). É uma forma de flexibilização/moderação da política repressiva adotada pela ONU e pelos EUA.

Para Boiteux (2006b, p. 84),

Na prática, significa uma moderação do controle penal radical de drogas da linha norte-americana, mas sem contestar abertamente o proibicionismo. Dentre as implicações internacionais que podem decorrer dessa flexibilização está o fato de que a Convenção da ONU de 1988 determina a responsabilização criminal do usuário por meio da imposição de pena de prisão.

A intenção, quando se defende a descriminalização, não é incentivar o uso nem a liberalização total, mas um controle mais realista, que viabilize o uso consciente, bem como assistência à saúde, em respeito à cidadania e aos Direitos Humanos. Por isso, se faz insustentável essa política, ao serem “sopesados os custos político, econômico, jurídico, social, educacional, sanitário e, sobretudo, individual da opção político-criminal proibicionista” (CARVALHO, 2010, p. 267).

Uma política que poderia trazer uma solução para essas pessoas que querem e precisam de ajuda seria a adoção da redução de danos, de forma comprometida com a

sociedade, na medida em que possibilite o uso em condições adequadas, reduzindo os riscos decorrentes da prática clandestina, e proporcione tratamento a quem necessita.

Os modelos de redução de danos são mais adequados para proteção da saúde pública, sob perspectiva de uma justiça democrática, sobretudo porque cria instrumentos de baixa lesividade e supera as perspectivas moralizadoras sob viés do proibicionismo.

A elevação do bem saúde pública a um patamar superior à saúde individual gera danos de modo que não se pode dar crédito a essa política que, na realidade, não se mostra eficaz para a melhoria da qualidade de vida. O proibicionismo justificado na preservação da saúde pública, no discurso da periculosidade, não impede dependentes de continuarem fazendo uso de substâncias entorpecentes, o que, em excesso, pode prejudicá-los. No entanto, eles têm acesso dificultado a tratamento, pois são vistos como delinquentes. Não existe constatação das teses de legitimação do discurso criminalizador. Assim, na prática, a política proibicionista acaba por gerar mais danos para a sociedade, tornando intangível o alcance do bem jurídico buscado.

É irresponsável a alegação de que o usuário escolhe fazer o uso e, portanto, é responsável pelas consequências de um vício e de danos à sua própria saúde; seria o mesmo que negar ingresso na rede de saúde pública ao tabagista doente de câncer de pulmão, em decorrência do abuso do cigarro. Não é legítimo o Estado deixar de assistir um cidadão por ele ter escolhido fazer uso de uma substância que possa vir a lhe causar danos, haja vista o direito de autonomia que deve ser preservado.

A culpa não deve recair também sobre o varejista. Quem vende drogas o faz porque alguém tem interesse em consumi-la. Se não houvesse interessado no uso de substâncias entorpecentes, não haveria mercancia. Ao usuário deve ser assegurado seu direito à privacidade. O uso de drogas é histórico e a ideia de abstinência ilusória. Ademais, o tráfico existe em grande quantidade porque a venda de drogas não é permitida.

Apesar das respostas penais previstas para o uso serem brandas, grande quantidade de usuários é considerada traficante. Ademais, a criminalização leva pequenos traficantes, presos em flagrante, a lotar os cárceres, o que também confirma o quanto os pobres, que exercem o papel de varejistas, são usados como escudo, atuando em situação de risco, pois expostos à “caça” realizada pelos policiais. Enquanto isso, os grandes traficantes, que comandam as redes de tráfico e lucram com a atividade, ficam, na maioria das vezes, ilesos. A exposição dos chamados “mulas” e “foguetes” coloca-os em situação vulnerável à atuação corrupta e violenta dos policiais, compondo a parte menos importante na rede de

tráfico, pois facilmente substituível, sofrendo, no entanto, as duras penas da política de criminalização.

Essa realidade mostra como “a política criminal de drogas no Brasil, em sua expressão ideológica, legal e dogmática, demonstra a grande distância entre as funções declaradas e as funções realmente exercidas pelas agências de punitividade” (CARVALHO, 2010, p. 295), pois se verifica que, apesar da política de combate ao tráfico de drogas, as agências repressoras atingem uma parcela descartável, que pouco contribui para a manutenção da atividade considerada ilícita.

Se o único objetivo do Estado na questão das drogas fosse encarcerar pessoas, ele estaria cumprindo o planejado com sucesso, porém o Estado justifica a política proibicionista adotada na redução da criminalidade, o que não se concretizou, mesmo com o aumento do número de encarcerados. Conforme dispõe Carvalho (2010, p. 155), “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”.

[...] a permanência da lógica bélica e sanitarista nas políticas de drogas no Brasil é fruto da opção por modelos punitivos moralizadores e que sobrepõem a razão de Estado de direito, pois desde a estrutura do direito penal constitucional, o tratamento punitivo do uso de entorpecentes é injustificável (CARVALHO, 2010, p. 267).

2. POLÍTICA APLICADA À LEI ANTIDROGAS

2.1 Aspectos Gerais da Legislação Brasileira

A legislação brasileira sobre drogas, como dito no Capítulo 1, sofreu influência das Convenções das Nações Unidas, das quais o País é signatário. A assinatura levou o Brasil a adotar uma política de combate ao tráfico baseada na política *war on drugs*. Influenciou tal posição adotada pelo Brasil também as suas estreitas ligações com os Estados Unidos e a sua submissão à ideologia proibicionista daquele país.

A influência do modelo proibicionista norte-americano é muito forte e o impacto recai especialmente sobre o Legislativo, que adota medidas repressivas na legislação penal e tem reiteradamente recusado medidas alternativas para o tráfico, preferindo tratar a questão das drogas ilícitas no marco do proibicionismo e do rigor penal.

O processo de criação das regras deve ser entendido dentro das relações de poder. A realidade do Congresso Nacional como representante da sociedade é analisada por Laura Frade (2008), em pesquisa de documentos e entrevistas, a qual afirma a representação de determinados valores no sistema legal, que expressam, nas entrelinhas, a distribuição de poder vigente na sociedade. As instituições partem de um quadro de valores para estabelecer normas e sanções, com o fim de assegurar o enquadramento de todos num tipo determinado de comportamento.

Segundo entendimento de Mello (2010, p.47),

(...) os valores são parte fundamental da construção de determinada norma jurídica, porquanto representativos do pensamento comum, ou do anseio comum vigente em determinado agrupamento social. Para que sejam consolidados como valores sociais vigentes, o Estado, como consequência de sua atividade normativa, eleva à condição de normas jurídicas esses valores, o que acaba por compor matérias de ordem pública.

Num espaço em que as transformações reais de paradigmas se mostram necessárias, espaço esse permeado de visões de mundo por vezes inconscientes, é que são elaboradas as leis que definem o crime e o transgressor. A sociedade compartilha uma imagem mental associada à criminalidade. Os próprios legisladores partem dessa imagem para elaborar leis e definir crimes, bem como “formular políticas de enfrentamento social para o problema” (FRADE, 2008, p. 37). Os parlamentares parecem não vincular a eles próprios a ideia de criminalidade. Em pesquisa feita por Frade (2008, p. 66-67), “praticamente nenhuma referência foi feita nas entrevistas sobre os crimes praticados dentro do próprio Congresso Nacional”, supondo-se haver uma correlação indireta do crime com as camadas menos favorecidas. Os legisladores se vêem imunes às leis que criam, pois elas são criadas para

serem direcionadas aos marginalizados. A representação de associação do criminoso como alguém pouco humano parece justificar, para os legisladores, a não observação dos seus direitos. Os elaboradores de lei “enxergam” o transgressor como alguém diferente, menos humano e, por isso, merecedor de castigo.

Na base da formulação das regras e das políticas sociais estão as representações sociais construídas no processo de socialização. Disso dependem as imagens que são atribuídas ao transgressor. A ideia de crime “depende das instituições e das representações sociais de uma determinada sociedade” (FRADE, 2008, p. 39). As representações que o Legislativo Federal tem sobre a criminalidade são mantidas em “um sistema reprodutor automático de leis” (FRADE, 2008, p. 39), dificultando uma abordagem diferenciada da questão. A estrutura e o funcionamento do Parlamento Brasileiro são essenciais à compreensão da atuação de seus autores e da constituição de regras que regulam as representações acerca da criminalidade. Há no Legislativo Federal brasileiro prevalência de linhagens políticas com visão fossilizada a respeito da criminalidade.

“Ser ‘Senador’ ou ‘Deputado’ implica desempenhar um papel” (FRADE, 2008, p. 46). O povo e seus próprios representantes possuem expectativas sobre o papel do parlamentar. Historicamente, espera-se o combate à violência; a sociedade atual visa o combate às drogas, cabendo aos representantes do povo o papel de criar leis nesse sentido, o que vem a ser muito útil para a manutenção da exclusão do marginalizado. “[...] a elite política tende a se ‘ver’ como digna de privilégios – por vezes superior à própria lei – ou merecedora de benefícios” (FRADE, 2008, p. 47), enquanto a classe composta por pobres, sem privilégios, deve manter-se obediente.

A tendência vigente no Brasil é de endurecimento das regras penais e processuais penais, o que acaba por afastar ainda mais a imensa parcela dos brasileiros excluídos de qualquer espécie de participação mínima. Os parlamentares se mostram fechados a novas visões, pois atribuem credibilidade ao conhecido e tendem a cristalizar posturas antigas.

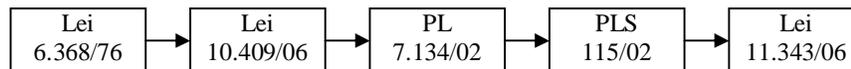
O pânico moral gerado pela visibilidade do consumo de drogas e a imagem distorcida a ele associada levam à deflagração de intensa produção legislativa em matéria penal. No entanto, “o direito penal é um saber que, como todos os demais, deve estabelecer seus limites (definir seu horizonte de projeção)” (ZAFFARONI, 2006, p. 38).

A legislação penal brasileira, tradicionalmente, sempre tratou o usuário de drogas como criminoso. Essa estrutura brasileira de combate às drogas, em sua legislação e

nas políticas oficiais, dificulta a adoção de políticas alternativas. A legislação atual, justaposição entre as Leis n. 6.368/76 e n.10.409/02, mantém essa tradição.

2.2 Justificativa do Projeto de Lei n. 115/2002

A proposição que originou a Lei n. 11.343/2006 foi o Projeto de Lei n. 7.134/2002, que tramitou na Câmara sob relatoria do Deputado Paulo Pimenta (PT-RS) que, por sua vez, foi originado de um Projeto de Lei do Senado, o PLS n. 115/2002. O PL n. 7.134 previa a manutenção da pena mínima do tráfico nos limites da Lei n. 6.368. Porém, os senadores Demóstenes Torres (PFL – GO) e Magno Malta (PL – ES) ofereceram emendas propondo o endurecimento do Projeto, no que resultou o PLS n. 115/2002, de iniciativa do Senado Federal.



O projeto original encaminhado pelo Executivo mantinha a pena mínima de três anos, embora aumentasse a pena máxima para quinze anos para o delito de tráfico. O texto aprovado aumentou o patamar mínimo para cinco anos de reclusão e manteve o máximo em quinze anos, “provavelmente a fim de tentar impedir a aplicação das penas alternativas” (BOITEUX, 2006a, p. 8).

Conforme a exposição de motivos³ de elaboração da Lei n. 11.343/06, a Lei de Tóxicos n. 6.368/76, em vigor por mais de duas décadas, sofreu, ao longo da sua vigência, modificações com objetivo de adaptá-la às transformações relativas ao tratamento jurídico-penal quanto ao uso, à dependência e ao tráfico de substâncias capazes de gerar dependência física ou psíquica. No entanto, as tentativas de atualização do tratamento legal não foram suficientes devido ao caráter crescentemente empresarial da atividade ilícita de tais substâncias.

Após onze anos de tramitação no Poder Legislativo, o Congresso Nacional aprovou a Lei n. 10.409/2002, que foi parcialmente vetada pelo Presidente da República, entrando em vigor apenas parte de seus dispositivos.

Após período de aplicabilidade concomitante das Leis n. 6.368 e n. 10.409, era necessário produzir nova norma para substituir as vetadas e suprir a necessidade de um ordenamento legal com dispositivos que guardassem a necessária coerência entre si. Com isso, o Poder Executivo remeteu ao Legislativo o projeto de n. 6.108, que visava justamente

³ Justificativa do Projeto de Lei n. 115/2002.

substituir as normas vigentes à época. No entanto, além do propósito de solucionar a questão, o projeto trouxe imprecisões que haveriam de se tornar óbices à aplicação da futura Lei.

Quando da percepção dos equívocos, além da ausência de compatibilidade entre dispositivos das normas vigentes e da norma proposta, foi preciso oferecer ao Legislativo um projeto que englobasse traços comuns das iniciativas já apresentadas e que pudesse oferecer à sociedade modos de educação para o usuário e tratamento para o viciado, bem como punição para os narcotraficantes e para aqueles que financiam ou de algum modo contribuem para a continuidade dessas atividades. O propósito era reunir num só projeto as propostas mais avançadas, dentre as apresentadas nas numerosas iniciativas legislativas do Executivo, Legislativo e Comissões Parlamentares.

Procurou-se fundamentar um sistema “que coordenasse as ações, políticas e estratégias governamentais destinadas ao trato do problema, nele inserindo todos os organismos que dele devem participar”⁴ (2002, p. 7389), cuja ausência parecia ser uma das concausas do incremento do narcotráfico.

A despeito de se saber que compete precipuamente à União Federal prevenir e reprimir os crimes que o Brasil por tratado tenha se obrigado a reprimir, como os de tráfico ilícito de substâncias capazes de gerar dependência física ou psíquica, o projeto considerou relevante levar em consideração a autonomia dos Estados-membros. Diante dessa necessidade, os Estados-membros foram arrebatados para integrar o sistema, guardando-se o devido respeito à sua autonomia, de modo que fossem liberados recursos financeiros em favor de sua adesão às diretrizes básicas dos convênios, bem como o fornecimento de dados necessários à formulação de estratégias.

O texto cuidou, ainda, de suprimir o termo “drogas”, sob justificativa de que as expressões “substâncias” e “produtos” englobam todos os objetos que se pretende alcançar, sendo o termo “drogas” desnecessário. Também foi corrigida a referência reiterada “produtos [...] ou drogas considerados ilícitos ou que causem dependência física ou psíquica”, pois se acreditava que tal referência abria a possibilidade de que qualquer substância ou produto pudesse ser alvo das sanções ainda que não fosse capaz de gerar dependência. O Projeto de Lei quis ir além de considerar criminosas as condutas cujo objeto eram substâncias ou produtos capazes de gerar dependência. Foi suprimida, também, a expressão “ilícitos”, pois não se considera ilícito o produto ou a substância, mas a conduta.

O projeto cuidou de disciplinar alienação, em hasta pública, de substâncias ou produtos que possam produzir dependência, de propriedade de empresas em processo

⁴ Diário do Senado Federal, de 7 de maio de 2002.

falimentar. Inovou ao propor a preservação de medicamentos, determinando que fiquem sob responsabilidade do Ministério da Saúde, a fim de destiná-los à rede de saúde pública, por ser preferível dar aos medicamentos um fim social, ao invés de destruí-los.

Em relação à prevenção, erradicação e tratamento, ficou estabelecido que o Brasil proibisse substâncias ou produtos que causem dependência física ou psíquica, assim como o plantio, cultura, colheita e exploração de vegetais dos quais possam ser extraídos, com exceção de hipóteses com autorização legal ou regulamentar. A competência desta foi atribuída ao Ministério da Saúde, com limites tanto geográfico quanto temporal.

O texto propõe a ideia de atribuir a delegado de polícia a tarefa de destruir cultivos, substâncias e produtos ilícitos, mas também exige a presença do Ministério Público e de autoridade sanitária. A proposta parece suprimir falha da Lei n. 6.368/76, a qual cometia a órgão do Ministério Público a incumbência de guardar as substâncias para, posteriormente, dar um fim a elas, o que não era viável devido à impossibilidade de guardar, com a devida segurança, substâncias de elevado valor que são objeto de cobiça especialmente de organizações criminosas e que as autoridades sanitárias não tinham como proteger, revelando o alto risco de mantê-las sob custódia. Para evitar esse problema, a proposta permite que a destruição seja determinada pelo juiz, em sentença, ou, em casos excepcionais, antes dela.

No que concerne à prevenção, o projeto preocupa-se em evitar a difusão do consumo e tráfico ilícito de substâncias ou produtos capazes de gerar dependência, atribuindo a estabelecimentos, instituições e entidades o empenho nessa causa.

Quanto ao tratamento, o projeto o mantém para usuários, o que já fazia a legislação anterior, não fazendo distinção entre estes e os dependentes, e traz como alteração a inclusão das instituições particulares de tratamento entre os destinatários de recursos do Sistema Único de Saúde (SUS). A legislação anterior previa a criação de uma ampla rede estatal de tratamento, o que não se concretizou, segundo a justificativa do projeto, devido à falta de recursos financeiros. O que se tem em funcionamento são instituições privadas, que dependem de contribuições, enquanto os serviços públicos de saúde mostram-se incapazes de atender tal demanda.

Na tentativa de solucionar o problema da escassez de recursos para tratamento e prevenção, foram adotadas duas medidas, uma das quais, já mencionada, é a destinação de recursos do Sistema Único de Saúde para instituições de tratamento, sob fiscalização dos Conselhos Estaduais de Entorpecentes (CONEN's). Outra medida, incentivada internacionalmente, é a criação de fontes para custear ações de prevenção, repressão e tratamento, arcadas pelos cofres do contribuinte.

Nesse ponto, a justificativa do projeto menciona soluções que o projeto traz, ao tratar dos crimes e penas, que, acredita-se, poderiam, caso tivessem sido adotadas anteriormente, “reduzir o caos em que nos encontramos”⁵ (2002, p. 7392). Essa mentalidade justifica as várias condutas típicas acrescentadas às antes previstas no artigo 12 da Lei n. 6.368/76.

O projeto manteve tratamento severo a certas condutas e abrandou o dispensado a outras, ficando longe, todavia, de ser liberalizante. Uma novidade foi a criação do tipo autônomo “induzir ou instigar alguém” ao consumo de substância ou produto, conduta que era equiparada ao tráfico na antiga Lei, e no projeto recebeu pena menos severa, no entanto, não condiciona mais a existência do crime à produção do resultado “consumo”, o qual terá como resultado o aumento da pena cominada no caso concreto.

Também foram previstas penas menores para o tipo “consumo compartilhado” da droga, cujo rigor, segundo especialistas, violava o princípio da proporcionalidade. Por essa razão, para tal conduta, previu-se a imposição de outras penas mais severas que as medidas educativas, reservadas a quem pratica as condutas expostas no art. 16 da Lei n. 6.368/76, atual art. 28 da Lei n. 11.343/06, embora estas também possam lhes ser impostas.

Por fim, a justificativa do projeto trata de questão relevante para o presente trabalho, referente ao pequeno traficante, que, afirma ser, de regra, dependente, embora imputável, para quem sempre se exigiu tratamento mais benigno. Considera a necessidade de dar tratamento diferenciado aos traficantes profissionais e ocasionais, dada a importância do tema, e afirma que o projeto prestigia os traficantes de pequeno porte com a possibilidade de redução das penas, desde que atendidos requisitos que considera convenientemente rigorosos. Além disso, determina que sejam eles submetidos ao tratamento necessário, no local onde forem recolhidos.

Por ser figura de menor relevância na manutenção dos crimes relacionados ao tráfico de drogas, o pequeno traficante merece tratamento diferenciado, o que é previsto no projeto, no entanto o mesmo veda a conversão em pena restritiva de direitos, haja vista o legislador crer que o traficante de drogas não é merecedor desse benefício.

⁵ Diário do Senado Federal, de 7 de maio de 2002.

2.3 Política Aplicada à Lei

2.3.1 Principais Aspectos da Lei

Visa-se, nesta parte do trabalho, trazer à baila aspectos considerados relevantes em relação ao tema. Não há intenção de se dissecar a Lei, examinando todos os aspectos inovadores, mas tão somente quanto ao que é pertinente à proposta do trabalho.

A nomenclatura dada à Lei foi alterada, passando-se de Lei de Tóxicos para a atual Lei de Drogas. Para fins da norma, consideram-se drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. Diante disso, mesmo que uma substância seja capaz de causar dependência, ainda que possa trazer tantos ou mais danos à saúde que uma substância incluída na lista, a conduta de quem praticar qualquer das ações previstas no art. 33, com relação a essa substância, não é típica, evidenciando a imprescindibilidade de ela ser catalogada em lei ou em lista elaborada pelo Poder Executivo da União, o que caracteriza a Lei como norma penal em branco. O mesmo ocorre com relação à aplicação das medidas destinadas ao usuário (presentes no art. 28), que caracteriza lei penal em branco, pois exige um complemento normativo. Não havendo esse complemento, falta completude da figura típica, não havendo, assim, tipicidade penal (GOMES, 2008).

O diploma legal em tela surge em um contexto político que revela tendência fortemente criminalizante e, por outro lado, também aponta discursos contra-hegemônicos que vem obtendo espaço cada vez maior na agenda do debate público a respeito das políticas sobre drogas (SILVA, 2008).

A Lei adota orientação político criminal de caráter dúplice: de um lado, a prevenção para o uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes; de outro, inclemente repressão ao tráfico (MARONNA, 2006).

Sobre isso, afirma Gomes (2008) que a norma abarca nitidamente duas tendências: 1) proibicionista, em relação à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e 2) prevencionista, aplicada ao usuário e ao dependente. Acredita-se tratar de importante mudança ideológica, principalmente porque a nova Lei determina “a observância do *equilíbrio* entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando garantir a estabilidade e o bem-estar social (art. 4º, X – grifou-se)” (GOMES, 2008, p. 27).

Uma novidade da Lei n. 11.343 foi a instituição do Sisnad (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), órgão encarregado de articular, integrar, organizar e

coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas e, também, com a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas. É disciplinado pelos arts. 3º a 17 (vetados os arts. 6º ao 15) da Lei e pelo Decreto n. 5.912/06. A criação dessa instituição é uma iniciativa da Lei, com o fim de buscar reduzir a demanda por drogas no Brasil. A norma inova ao reconhecer a imprescindibilidade da prevenção do uso de drogas, prevendo educação e tratamento a usuários e dependentes. O art. 4º da Lei de Drogas vigente elenca onze princípios considerados fundamentais para a realização das políticas de drogas.

Art. 4º São princípios do Sisnad:

I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;

II - o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes;

III - a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados;

IV - a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad;

V - a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad;

VI - o reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito;

VII - a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito;

VIII - a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad;

IX - a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;

X - a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social;

XI - a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas - Conad.

O estabelecimento das macro-orientações observadas pelos integrantes do Sisnad são de responsabilidade do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (Conad), um órgão colegiado, de natureza normativa, que integra a estrutura básica do Ministério da Justiça. Constitui-se de órgão normativo e de deliberação, que presta serviços de relevante interesse público.

A estratégia de governo em relação ao tema é coordenada pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (Senad), cujas ações, desenvolvidas em parceria com diversos atores do governo e da sociedade, articulam-se em três eixos ⁶, quais sejam:

- A realização de um diagnóstico situacional, sobre o consumo de drogas, seu impacto nos diversos domínios da vida da população e as alternativas existentes. Este diagnóstico vem se consolidando, por meio de estudos e pesquisas de abrangência nacional, na população geral e naquelas específicas que vivem sob maior vulnerabilidade para o consumo e o tráfico de drogas.
- A capacitação dos atores sociais que trabalham diretamente com o tema drogas, e também de multiplicadores de informações de prevenção, tratamento e reinserção social. Esse esforço tem permitido a formação e a articulação de uma ampla rede de proteção social, formada por conselheiros municipais, educadores, profissionais das áreas de saúde, de segurança pública, entre outros.
- A implantação de projetos estratégicos de alcance nacional que ampliam o acesso da população às informações, ao conhecimento e aos recursos existentes na comunidade. Também no cenário internacional, o Brasil, além de participar dos principais fóruns de discussão sobre o tema, vem fomentando a cooperação por meio de acordos com organismos internacionais e com países das Américas, Europa e África.

2.3.2 Preocupação da Lei com o Usuário

O título III da Lei estabelece atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, que, se bem administradas, possibilitariam mudança do quadro lamentável de drogas no Brasil. O capítulo primeiro é

⁶ Ministério da Justiça, 2011. Disponível em:
<http://portal.mj.gov.br/senad/data/Pages/MJDAC53E8BITEMID68CF7C37CA764DC4B8C535599E3283C4PTBRNN.htm>

responsável por uma política de prevenção, que não era tratada em leis anteriores com tantos detalhes. A Lei comporta três momentos de prevenção: a) prevenção primária: tem por finalidade impedir o primeiro contato do indivíduo com a droga, ou de retardá-lo; b) prevenção secundária: busca evitar que quem faz uso moderado de drogas passe a usá-las de forma mais frequente e eventual; c) prevenção terciária: incide quando ocorrem problemas com o uso ou a dependência de drogas, sendo que fazem parte deste momento todas as ações voltadas para a recuperação do dependente (GOMES, 2008).

A Lei estabelece medidas preventivas⁷, prevê o diagnóstico precoce de fatores de risco de evolução do uso de drogas de modo comprometedor à saúde e à qualidade de vida do consumidor, bem como prevê tratamento para recuperação do dependente (GOMES, 2008).

O capítulo II do Título III trata das atividades de atenção e de reinserção social de usuários ou dependentes de drogas, que tem por objetivo a melhoria da qualidade de vida, bem como a redução dos riscos e dos danos advindos do uso de drogas.

2.3.3 Sistema Punitivo da Lei

A política de drogas no Brasil caracteriza-se por um proibicionismo moderado, que criminaliza o uso e o comércio de substâncias psicoativas ilícitas, mas diferencia o usuário de quem vende a droga. Ao usuário não é atribuída a pena de prisão, a qual subjaz para o traficante, que teve a pena reforçada. No diploma legal 6.368/76, o usuário já fora desequiparado da figura do traficante, imputando-se ao primeiro penas mais brandas, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos de reclusão, conforme o art. 16 da Lei. No entanto, os limites máximos da pena para o tráfico elevaram-se muito, de 6 (seis) anos de reclusão, previstos na legislação anterior, para 15 (quinze) anos de reclusão, previsto no art. 12 da Lei de 1976.

A Lei n. 11.343/06 não trouxe qualquer alteração substancial na política adotada oficialmente pelo Brasil, mas reproduz as diretrizes proibicionistas das leis anteriores e encontradas também nas convenções internacionais em matéria de drogas. A não cominação de pena de prisão para o consumo pessoal não altera o evidente caráter repressor da norma em tela. No que diz respeito à previsão de sanções alternativas à prisão para o porte de drogas para uso pessoal, não há alteração prática em relação à norma anterior, a qual já permitia alternativas, tais como transação penal e substitutivos.

Nesse rumo, afirma Karam (2006, p. 6) que a Lei

⁷ Os princípios e as diretrizes das atividades de prevenção do uso indevido de drogas estão elencados no art. 19 da Lei.

[...] não traz qualquer alteração substancial, até porque, como suas antecessoras, suas novas ou repetidas regras naturalmente seguem as diretrizes dadas pelas proibicionistas convenções internacionais de que o Brasil, como quase todos os demais Estados nacionais, é signatário. A nova Lei é apenas mais uma dentre as mais diversas legislações internas que, reproduzindo os dispositivos criminalizadores das proibicionistas convenções da ONU, conformam a globalizada intervenção do sistema penal sobre produtores, distribuidores e consumidores das drogas qualificadas de ilícitas, com base em uma sistemática violação a princípios e normas assentados nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas, com base na supressão de direitos fundamentais e suas garantias.

Na mesma linha, Maronna (2006, p. 4):

No que diz respeito à previsão de sanções alternativas à prisão, no caso de porte para uso próprio, em que pese louvável por ser dos males o menor, na prática não representa nenhuma novidade em comparação à legislação anterior, que já permitia a transação penal e também a aplicação de substitutivos penais em caso de condenação definitiva (*sursis* e penas restritivas de direitos, exceto no caso de reincidência em crime doloso).

Para Boiteux (2006a, p. 8), o grande destaque dado à despenalização da posse de entorpecentes, com representatividade estatística inexpressiva, teve por objetivo atuar como uma “cortina de fumaça”, para encobrir o aumento desproporcional da pena aplicada ao delito de tráfico de drogas ilícitas.

Na medida em que adota posição favorável em relação à não incidência de sanção para o uso, por considerar como um primeiro passo de uma política criminal de drogas que deverá idealmente incluir a legalização da droga em sua integralidade, Boiteux (2006a) destaca que essa despenalização já ocorrera, na prática, desde a Lei n. 6.416/77 e foi reforçada mais adiante pela Lei n. 9.099/95.

Na realidade, a tão destacada impossibilidade de usuários serem presos já existia antes, sendo a nova lei de drogas apenas um símbolo, por ser a primeira vez em que se deixa de prever pena de prisão para um delito, ainda que mantendo o usuário dentro da esfera de controle penal, enquanto que, na prática, pouco altera a realidade social (BOITEUX, 2006a, p. 8).

A mencionada autora afirma, ainda, que melhor seria manter a Lei anterior, já que o usuário, como hoje, não era preso, mas encaminhado ao Juizado Especial, enquanto a pena mínima prevista para o tráfico era menor que a prevista hoje. Assim, a nova Lei, longe de ser um avanço, reforça o abismo existente entre a figura do usuário e do traficante, o que atinge justamente os pequenos traficantes, selecionados pelo sistema para cumprirem pena (BOITEUX, 2006a, p. 8).

Reforça sua posição, afirmando que

[...] muito pior (que manter controle penal sobre o uso), sem dúvida, será a condenação de pequenos traficantes a penas de, no mínimo, cinco anos, por retirar os pequenos traficantes de seu convívio familiar, integrando-os nas facções criminosas, além de submetê-los à estigmatização, humilhação e violência dentro das prisões. Ao deixarem a penitenciária, com atitudes violentas e sem opções de trabalho, tornar-se-ão ainda mais vulneráveis à reincidência, seja no tráfico, seja nos crimes patrimoniais, como resultado do aprendizado da delinquência na cadeia (BOITEUX, 2006a, p. 9).

A legislação de drogas em vigor deixou de penalizar o usuário. No entanto, mantém o uso como crime, talvez até para manter a criminalização do comércio de drogas ilícitas, já que caso o uso de drogas fosse descriminalizado, seria contraditório manter a sua venda como ilícita. Houve, na verdade, uma despenalização parcial, como caracteriza Bitencourt (2010), haja vista a manutenção das penas de advertência, de prestação de serviços comunitários e de frequência a programa ou curso educativo, conforme artigo 28, incisos I, II e III, da Lei.

Karam (2006, p. 7) afirma que a Lei n. 11.343/06

[...] mantém a criminalização da posse para uso pessoal das drogas qualificadas de ilícitas, apenas afastando a cominação da pena privativa de liberdade, para prever penas de advertência, prestação de serviços à comunidade, comparecimento a programa ou curso educativo e, em caso de descumprimento, admoestação e multa. Não traz assim nenhuma mudança significativa, na medida em que, dada a pena máxima de detenção de 2 anos prevista na Lei n. 6.368/76, a indevidamente criminalizada posse para uso pessoal já se enquadrava na definição de infração penal de menor potencial ofensivo, a que aplicável a imposição antecipada e “negociada” de penas não privativas de liberdade.

Na opinião de Bitencourt (2010, p. 633), “faltou coragem ao legislador brasileiro para adotar uma *política sanitarista* e reconhecer que o *consumo de drogas* é antes de ‘caso de polícia’, uma questão de saúde pública, preferindo manter uma política proibicionista”.

Segundo Gomes (2008, p. 122), “não se trata de ‘crime’ nem de ‘contravenção penal’ porque somente foram cominadas penas alternativas, abandoando-se a pena de prisão. De qualquer maneira, o fato não perdeu o caráter de ilícito (recorde-se: a posse não foi legalizada)”.

Alguns doutrinadores chegaram a afirmar que o porte de drogas para uso próprio foi descriminalizado, porque a Lei de Introdução ao Código Penal definiu como crime somente a infração penal que tem como resposta a sanção de pena de reclusão ou detenção, acrescida ou não de multa. Mas Bitencourt (2010), ao discordar desse argumento, sustenta que

à época da elaboração do texto mencionado – década de quarenta do século vinte – não se falava, em nosso ordenamento jurídico, em outra modalidade de sanção penal distinta da prisão e da pecuniária (multa). Argumenta que essa afirmação da Lei de Introdução teve a mera pretensão de distinguir crimes e contravenções, já que prisão e multa eram as únicas espécies de sanção conhecidas até então. As hoje conhecidas penas alternativas ou restritivas de direito foram introduzidas no nosso ordenamento em 1984, com a Reforma do Código Penal, como penas substitutivas. Assim sendo, o porte de drogas para consumo pessoal, continua tipificado como infração penal, até porque está previsto no artigo 28, inserido em um capítulo destinado a crimes e penas, além do que o Brasil é signatário de convenções internacionais que proíbem a eliminação desse delito.

Para Taffarello (2006, p. 2), “caso não se entenda como pena a imposição de multa prevista no art. 28, § 6º, II da Lei n. 11.343/06, é de se admitir haver sido derogada a disposição da Lei de Introdução ao Código Penal segundo a qual ‘considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa’”.

Maronna (2006, p. 4, grifo do autor) alega que

[...] a natureza da sanção não possui o condão de determinar, de per se, se uma determinada conduta é ou não criminosa, especialmente quando tal conduta está prevista no capítulo da lei que trata dos crimes e das penas. Além disso, o inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal dispõe que a lei regulará a individualização da pena e adotará, **entre outras**, a privação ou restrição da liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos. A locução “entre outras” deixa evidente que o rol é meramente exemplificativo. Continua sendo, portanto, o porte para uso próprio uma infração penal de menor potencial ofensivo.

As figuras do traficante e do usuário já eram diferenciadas na Lei n. 6.368/76, em seus artigos 12 e 16, respectivamente, que equivalem, na nova Lei, aos artigos 28 e 33, respectivamente. Apesar da diferenciação, os núcleos dos tipos contêm semelhanças, que permitem a confusão, devido à falta de clareza nessa distinção. Por isso, a diferença da figura do traficante e do usuário passou a ser feita em razão da quantidade de droga apreendida, das circunstâncias da apreensão e da investigação executada pelos policiais. Tais indícios levam à inequívoca conclusão, como mencionado anteriormente, da mercancia com a consequente tipificação na conduta de traficante à pessoa mais humilde, moradora da favela, enquanto a figura do usuário é atribuída aos jovens integrantes da classe média alta.

2.3.3.1 Previsão para o delito de tráfico ilícito de drogas

Em seu título IV, no qual apresenta medidas de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, a Lei parece mudar de ideologia quando se compara com os artigos anteriores, pois adentra no âmbito de políticas punitivas de forma mais severa, nos moldes do movimento de lei e ordem. Na parte que trata de repressão, a norma mantém o modelo autoritário da Lei de 1976, com alguns poucos abrandamentos, como no caso do tráfico privilegiado (constante nos §§ 2º e 3º do art. 33), e com vários recrudescimentos, presentes no aumento de penas, criação de novos tipos penais, restrição de direitos etc.

A Lei trouxe mudanças na abordagem legal do controle sobre as modalidades típicas mais graves. Houve abrandamento de situações típicas, como mencionado, que antes eram tratadas com a mesma pena prevista para o tipo básico do crime de tráfico⁸. No entanto, a pena mínima para tráfico aumentou de três para cinco anos de reclusão. O legislador, nesse ponto, adotou controle mais severo sobre as drogas, para o enfrentamento do problema, pelo Estado.

Portanto, uma análise da Lei 11.343/06 fornece, em leitura rápida e superficial, a suficiente constatação de que dá a impressão de ter sido escrita por dois legisladores diferentes. Um legislador sensível à pauta da redução de danos, mais informado e aberto aos impactos das políticas de drogas na saúde pública, preocupado com a inclusão de uma ampla massa de pessoas que sofre os efeitos perversos da política repressiva, consciente da diversidade cultural da sociedade brasileira e da necessidade de se preservar a autonomia individual, elaborou a primeira parte da lei: do art. 1º ao art. 26. Já a parte “Dos Crimes e das Penas”, no entanto, parece ter saído de outras cabeças: a aposta na política repressiva aparece plenamente legitimada e, se no global não é mais autoritária do que a L. 6368/76 (o que afinal seria de se esperar pelo simples fato de não vivermos mais num contexto de Ditadura Militar) não avança em relação ao discurso e à técnica presentes na legislação do “modelo bélico” anterior, chegando até a ampliar a pena do crime de tráfico de drogas. O art. 28, então, sozinho, parece ter sido elaborado por um terceiro legislador, meio esquizofrênico. Um legislador que pretendeu estar afinado com as pautas antiproibicionistas, mas não foi corajoso o suficiente para assumir uma descriminalização aberta, criando um tipo anômalo, de um “crime sem penas” (SILVA, 2008, p. 3).

2.3.3.2 Diminuição para traficante eventual, prevista no § 4º, do art. 33, da Lei

A Lei de prevenção e combate ao tráfico de drogas, de 2006, comina, para os crimes de tráfico, a pena privativa de liberdade. O artigo 33 do mencionado diploma atribui às condutas típicas de tráfico pena de reclusão, com um mínimo de 5 (cinco) anos (máximo de 15 (quinze) anos), além de pagamento de dias-multa.

⁸ Houve criação do tipo autônomo “induzir, instigar, ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga” (art. 33, § 2º, da Lei), conduta que antes era equiparada ao tráfico e passou a receber pena menos severa, apesar de não condicionar mais a existência do crime à produção do resultado “consumo”, o qual terá como resultado o aumento da pena cominada no caso concreto, o que é uma evidente desvantagem.

Destaca-se, entre outras incriminações, a criação do tipo penal do tráfico privilegiado, com desvalor da conduta, o que leva à significativa redução da punição.

Nas condutas previstas no artigo 33, *caput*, e em seu § 1º, munido de seus respectivos incisos, o agente deverá gozar de diminuição da pena, por força do § 4º do mesmo enunciado, quando for primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa. Tais requisitos são cumulativos e a inadequação a qualquer uma das condições exclui a possibilidade de aplicação do instituto, que pode oscilar entre a diminuição de um sexto a dois terços da pena, pelo julgador, na sentença.

Ressalte-se que não se trata de faculdade do juiz reduzir a pena caso estejam presentes tais elementos, mas sim de dever. Apesar de a redação da Lei acarretar possível dúvida, esta fica afastada pela aplicação do princípio que resguarda o direito subjetivo do acusado em detrimento do exercício discricionário do juízo.

Aquele que se encontrar na possibilidade do exposto no § 4º, do art. 33, da Lei, cumprindo todas as exigências alvitadas na redação desse dispositivo, deixa demonstrado tratar-se de pequeno e eventual traficante e, portanto, sobre ele tem de necessariamente recair a diminuição da pena em seu patamar máximo. Para que se proceda à redução parcial é imperioso que o juízo apresente suas razões alicerçadas em motivos concretos trazidos aos autos. Para que não seja concedido tal benefício em sua plenitude, a motivação deve ser clara e evidente.

Nesse ponto, Delgado (2009, p. 121-122) considera que a lei deve ser elogiada.

É o que diz:

A lei deve ser elogiada e reprovada neste ponto. O elogio diz respeito, dentro da visão da política criminal, a tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida do quinhão em que se desigalam, como diria o saudoso Ruy Barbosa. Deveras, deve ser totalmente diverso o tratamento oferecido para pessoa integrante de organização criminosa, ou, que faça do crime o seu modo de vida, do de uma pessoa que, eventualmente, se envolve neste submundo do tráfico ilícito de substâncias entorpecentes. É o caso dos “mulas”, ou seja, pessoas que são aliciadas esporadicamente, com a promessa de receber determinada soma em dinheiro, para transportar determinada substância, de uma cidade a outra, ou de um Estado da federação a outro, ou até mesmo de um país a outro, configurando, nesta hipótese, o tráfico internacional de drogas. Seria justo penalizar igualmente uma pessoa que faz fortuna com o tráfico de drogas, vendendo grandes quantidades e fazendo parte de poderosa quadrilha ou bando, e outra, como por exemplo, um pai de família que resolve fazer um “aviãozinho” para sustentar sua família? Acreditamos sinceramente que não. São situações sociológicas gritantemente desiguais e que, portanto, merecem tratamento desigual.

2.3.3.3 Vedação à conversão da pena

A antiga Lei n. 6.368/1976 impunha, em seu artigo 12, pena mínima de 3 (três) anos de reclusão para o tráfico de drogas, além de pagamento de dias multa. O aumento da pena mínima de 3 (três) anos para 5 (cinco) anos para os tipos básicos de crimes identificados ao tráfico, na Lei de Drogas atual (11.343/2006), permite afirmar a vontade do legislador em reforçar a repressão, com o aumento da pena mínima em patamar superior ao mínimo que possibilita a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, adotando a privação da liberdade como única punição possível.

Essa afirmação é confirmada no próprio texto legal da Lei de 2006, em que se pode ler, no artigo 33, § 4º: “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, **vedada a conversão em penas restritivas de direitos**, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa” (grifo nosso). O mencionado dispositivo permite a redução da pena quando o agente for primário, de bons antecedentes e não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa. No entanto, o mesmo dispositivo que prevê a redução da pena para o tráfico privilegiado, veda a conversão em penas restritivas de direitos, mesmo que a pena seja fixada num patamar inferior a 4 (quatro) anos, máximo fixado pelo Código Penal para permitir essa conversão.

A mesma vedação é encerrada no artigo 44 da conhecida Lei Antidrogas, que também veda abstratamente, em seu *caput*, a conversão das penas dos crimes de tráfico previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 da referida Lei, em restritivas de direitos: “Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, **vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos**” (grifo nosso).

Em relação a essa expressa vedação, afirma Souza (2010, p. 89):

Parece ser um equívoco do legislador esse constante preconceito contra as penas restritivas de direito, pois elas têm servido para desafogar o caótico sistema carcerário brasileiro e necessitam ser aperfeiçoadas, para que efetivamente sejam executadas e então aplicadas a todas as situações em que estejam preenchidos os requisitos subjetivos e objetivos insertos no art. 44 do Código Penal, bastando que o sejam de forma coerente e com respeito ao princípio da proporcionalidade. Na verdade, o legislador parece ter excedido ao prever tal vedação nas hipóteses de aplicação do § 4º e esse excesso configura afronta ao princípio da proporcionalidade, como decorrência da proibição de excesso.

A fixação, para os delitos de tráfico de drogas, do mínimo em 5 (cinco) anos ultrapassa os 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade estipulada como limite máximo

para conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (com exceção dos crimes culposos, para os quais não há esse limite temporal), como se verifica no artigo 44 do Código Penal. Esse mesmo dispositivo apresenta, ainda, como requisitos para a substituição da pena: o cometimento do crime sem violência ou grave ameaça à pessoa; a não reincidência do réu em crime doloso; e a indicação de que a substituição é suficiente pela culpabilidade, pelos antecedentes, conduta social, personalidade do condenado, bem como pelos motivos e circunstâncias.

A previsão legal de impedimento de substituição de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para pena fixada em menos de 4 (quatro) anos, sem observação, para tanto, de o agente ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa, é incompatível com o artigo 44, do Código Penal. É incompatível também com o art. 59, do mesmo diploma legal, que traça as principais regras que devem nortear a atividade do juiz no cumprimento do princípio constitucional da individualização da pena. O inciso IV desse artigo prevê a substituição da pena privativa de liberdade, por outra espécie de pena, se cabível. Depreende-se daqui que a pena deve ser individualizada conforme o necessário e suficiente à reprovação do delito.

O julgador fica obrigado a manifestar-se sobre a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos quando a sanção definitiva aplicada não seja superior a 4 (quatro) anos. Caso esse patamar seja superado, quando a pena ultrapassa os 4 (quatro) anos, a substituição torna-se vedada legalmente, não sendo viável alusão a respeito (SCHMITT, 2011).

Além do limite temporal (requisito para substituição da pena privativa de liberdade, quando a pena aplicada não exceder quatro anos), outro requisito à substituição é que o delito não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa (artigo 44, do Código Penal). A prática do delito de tráfico de drogas se amolda objetivamente ao que impõe a norma contida no artigo mencionado, pois tanto violência quanto grave ameaça à pessoa não integram esse tipo penal de forma direta.

A desproporcionalidade da sanção prevista para o tráfico fica evidente ao comparar-se com outros crimes. A pena imposta ao delito de tráfico de drogas é superior até ao patamar mínimo do crime de roubo (previsto no art. 157, do CP, com previsão de pena de reclusão, de quatro a dez anos, e multa), que requer violência ou grave ameaça.

Desde que preenchidos os requisitos legais, presentes no art. 44, do CP, caberá ao julgador analisar a possibilidade de substituição ou não da pena, verificando se a medida é suficiente à reprovação do crime. A Constituição Federal Brasileira (CF) de 1988 impõe, no

art. 93, IX, o dever dos órgãos do Poder Judiciário no sentido de fundamentarem suas decisões, sob pena de nulidade. Por esse motivo, o julgador deve ter mais cuidado na análise desse quesito. Faz-se imperioso que tenha fundamento o embasamento em que é alicerçado o argumento para enquadrar o réu como tendo conduta social desfavorável.

Uma disposição legislativa que veda ao julgador a possibilidade de adotar o benefício de substituição da pena independentemente da quantidade de pena fixada, das circunstâncias específicas do fato e das condições pessoais do condenado evidencia desvio de atribuições do legislador (SCHMITT, 2011).

Tendo em conta que a regra é a liberdade, conforme prevê a Constituição, em seu art. 5º, XV, sendo o encarceramento exceção, a necessidade da pena deve ser analisada concretamente, considerando-se os requisitos subjetivos da conduta do agente para seu possível benefício com o recebimento de pena alternativa à prisão.

Uma regra que limita a atuação judicial, demonstrando falta de confiança do legislador no Poder Judiciário, estabelecendo proibição para substituição de penas, é inócua, haja vista o dever de o juiz interpretar a lei em conformidade com o sistema penal e processual penal constitucional.

2.3.4 Política de Redução de Danos

A redução de danos vem a ser uma alternativa que seria viabilizada pelo fim do proibicionismo, podendo ser definida como uma estratégia de saúde pública, que busca evitar ou controlar possíveis consequências adversas ao consumo de drogas, favorecidas pela política proibicionista, o que seria feito sem, necessariamente, interromper o uso, e buscando assistência e inclusão social para o usuário de drogas.

Segundo Boiteux (2006b), uma política de redução de danos incluiria práticas como acompanhamento médico e psiquiátrico, permissão do uso de drogas em locais adequados, disponibilização e distribuição de seringas de forma gratuita para usuários de drogas injetáveis. Essas práticas trariam resultados positivos, reduzindo a disseminação de doenças infecto contagiosas pelo compartilhamento de seringa, por exemplo, além de possibilitar o acesso a tratamento quando o adicto tivesse interesse.

A política de redução de danos representa um avanço significativo. Ela decorre do dispositivo constitucional que determina que 'a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (GOMES, 2008, p. 90).

Conforme Boiteux (2006b), a política de redução de danos já foi implementada no Brasil, na década de 90. O primeiro programa de redução de danos no Brasil deu-se em Santos, com programas experimentais de distribuição de seringas. A cidade de Santos apresentava um dos maiores índices de HIV entre os usuários de drogas injetáveis no Brasil, o que levou à necessidade de implementação de programas que reduzissem a contaminação de doenças entre esses usuários. A fim de reduzir os riscos concretos provenientes de consumo de drogas injetáveis, foi criado o programa de trocas de seringas (PTS), pioneiro no Brasil, para prevenir o compartilhamento de seringas entre os usuários injetáveis, evitando, assim, a transmissão de doenças por essa via. Os agentes do programa também procuravam conscientizar os usuários sobre os riscos provenientes da prática tóxica, bem como alertá-los sobre a importância da prevenção. A iniciativa era sustentada por Organizações não-Governamentais e autoridades municipais, mas não era previsto em legislação. Apesar de seus benefícios para a redução de danos aos usuários de drogas, o Ministério Público de Santos e a Polícia, insensíveis quanto aos resultados que emergiam do programa, posicionaram-se contra a sua continuidade. O Ministério Público interpôs ações com o objetivo de detê-lo e, ainda, punir criminalmente seus agentes. Resultado disso foi a apreensão do material utilizado pelos agentes e a desarticulação do programa.

Essa conduta com o objetivo de redução de danos foi equiparada por autoridades policiais e ministeriais da cidade de Santos ao delito de “induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de drogas”⁹.

O bem jurídico saúde pública, cuja garantia é a justificativa da política proibicionista de drogas, foi negligenciado no momento em que as autoridades interpuseram obstáculos à continuidade de uma ação legítima que se dispunha a reduzir os perigos que poderiam resultar do compartilhamento de seringas entre os usuários de drogas injetáveis.

Somente em 1997, São Paulo regulamentou o trabalho dos agentes de redução de danos, em que foi seguido pelo Rio Grande do Sul. Nessa época, também foram implementados projetos semelhantes no Rio de Janeiro e em Santa Catarina e, no mesmo ano, criou-se a ABORDA (Associação Brasileira de Redutores de Danos), com resultados positivos, incentivando o surgimento de programas similares em outros estados.

Essa política foi incorporada às diretrizes do Plano Nacional Antidrogas elaborado pela Secretaria Nacional Antidrogas, em 2002, e à Política Nacional sobre Drogas instituída pelo Conselho Nacional Antidrogas, em 2005.

⁹ Art. 33, § 2º, da Lei n. 11.343/06.

Para se obter resultados efetivos decorrentes da Política de Redução de Danos, seria necessário tirar a apreciação da questão das drogas do campo penal, o que corrigiria distorções, tais como a ideia de um vínculo entre o consumo e a dependência; da irreversibilidade dessa; da formação de subculturas criminais por usuários; da convicção que qualquer usuário pode vir a ter um comportamento antissocial e que o afasta da vida produtiva etc.

A política proibicionista de drogas cobra um alto preço, pago em vidas humanas e recursos públicos desperdiçados. Numa política não proibicionista, preocupada de fato com o bem estar da sociedade, tais recursos, se bem administrados, podem ser investidos em saúde e educação.

A repressão ao tráfico de tóxicos, por outro lado, só serviu para interferir no mercado e aumentar insolitamente o seu preço, fazendo tal atividade atrativa economicamente, ao mesmo tempo em que criou uma rede mafiosa de formidável poder transnacional, encarregada da distribuição e da comercialização desses tóxicos em todos os países que lhe convêm, sem que o sistema penal tenha logrado êxito na solução desse conflito (ZAFFARONI, 2001, p. 220).

Ao impor a clandestinidade à produção, à distribuição e ao consumo, o proibicionismo criminalizador impossibilita qualquer controle de qualidade das substâncias comercializadas, aumentando as possibilidades de adulteração, de impureza e de desconhecimento de sua potência, potencializando os riscos daí decorrentes. A intervenção do sistema penal, ao se estender ao momento do consumo das drogas tornadas ilícitas, influencia as formas de consumo dessas substâncias. A clandestinidade consequente à intervenção do sistema penal dificulta a informação e a assistência, além de criar a necessidade de aproveitamento de circunstâncias que permitam um consumo que não seja descoberto pela polícia, o que acaba por tornar, menciona Karam (2007), um caldo de cultura para o consumo descuidado e não higiênico, com consequências dramáticas na difusão de doenças transmissíveis.

A proposta de uma política séria de Redução de Danos é a ruptura com os discursos de pânico espalhados pela mídia e que enxergam nas alternativas descriminalizadoras um incentivo ao uso de drogas. Essa mudança afastaria a abordagem lesiva do direito penal e ajudaria a evitar a perda de perspectiva ao tóxico-dependente, possibilitando-lhe ter uma chance de levar uma vida normal e evitar comportamentos de risco e danos.

Medidas de redução de danos estão presentes em boa parte dos países que compõem a União Europeia e até dos Estados Unidos. Inclusive a ONU vem reconhecendo a

necessidade de tal política, incentivando a preocupação com a segurança no uso, com programas de troca de seringas e agulhas, que evitam que os dependentes de drogas injetáveis adquiram doenças.

Estratégias ligadas à redução de danos viabilizam controle da disseminação de doenças transmissíveis, melhorando, em vários pontos, a qualidade de vida do consumidor, reduzindo a sua marginalização e ajudando a proteger e preservar o seu bem estar físico e psicológico.

Essa política possibilita também o tratamento voluntário, considerado muito mais eficaz que o tratamento compulsório, que, muitas vezes, não traz resultados, devido à falta de vontade do viciado em passar por esse processo.

A Lei de 2006 tem a vantagem de, ao abordar as atividades de redução de danos de forma expressiva, acabar com o medo entre os profissionais de saúde de terem suas ações, colaboradoras com a redução de danos, interpretadas como incentivo ao uso.

2.4 Equiparação do Tráfico de Drogas aos Crimes Hediondos

A Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu art. 5º, inciso XLIII¹⁰, que são considerados inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia os crimes definidos como hediondos. Os crimes de traficância de tóxicos foram equiparados aos crimes hediondos, sendo incluídos nesse rol pela Lei n. 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos –, que relaciona, em seu art. 1º, dentre outros, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. O art. 2º, da Lei, previa, em seu § 1º¹¹, que a execução da pena aplicada para tais crimes deveria ser cumprida integralmente em regime fechado, ainda que aplicada pena inferior a oito anos¹², permitindo o livramento condicional após dois terços da pena se o agente não fosse reincidente específico em crime dessa natureza.

A esse respeito, a doutrina se mostra dividida. Parte entende que o preceito supracitado viola o princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da CF; enquanto, de outro lado, sustenta-se que se deve considerar o critério determinante da fixação da pena aplicada a esse tipo de delito, que é a gravidade da conduta típica.

¹⁰ “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

¹¹ A disposição original do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 foi revogada pela Lei n. 11.464/07, que trouxe nova redação ao § 1º do art. 2º: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”.

¹² Em razão do art. 33, § 2º, alíneas “a” e “b”, do CP, o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o início, cumpri-la em regime semi-aberto. Já o reincidente ou condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado.

Exprime Nucci (2007) que, em relação aos crimes hediondos e equiparados, não cabe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos pelo fato da pena ser superior a 4 (quatro) anos ou por serem crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Afirma que a única exceção mais frequente ficava por conta do tráfico de drogas, que não seria cometido violentamente e tinha pena mínima de três anos (na Lei n. 6.368/76). Porém, a Lei de Drogas de 2006 elevou a pena mínima para o tráfico para cinco anos, ultrapassando o limite fixado pelo art. 44, I, do CP. Ainda que a pena fosse cominada abaixo dos cinco anos, com causa de diminuição de pena (§4º do art. 33 da Lei), não caberia a aplicação de pena alternativa por expressa vedação legal (estabelecida no art. 44, *caput*, parte final, da Lei).

Nucci (2007) afirma que, antes da declaração de inconstitucionalidade dessa Lei, que impunha o regime integralmente fechado aos condenados por crime hediondos e aqueles comparados, o Supremo já consentia a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Em 2006, o Supremo Tribunal Federal, exercendo o controle constitucional, em decisão no Habeas Corpus n. 82.959/SP, por maioria de votos, consolidou entendimento pela inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei mencionada, por entender que a integralidade do regime fechado no cumprimento da pena privativa de liberdade fere o princípio constitucional da individualização da pena (previsto no art. 5º, XLVI, da CF), o que vedou a fixação do cumprimento de pena em regime integralmente fechado.

Em 2007, o Congresso Nacional aprovou a Lei n. 11.464, que conferiu nova redação ao artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, solucionando esse impasse, no sentido de que a pena pelo crime de tráfico de drogas deve ser cumprida inicialmente em regime fechado, afastando do ordenamento jurídico a previsão de regime integralmente fechado para esse crime. Esse texto normativo de 2007 disciplinou o regime de cumprimento de penas e estabeleceu requisitos diferenciados aos condenados por crimes hediondos e equiparados, sem vedação à liberdade provisória nem à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Apesar do avanço trazido pela Lei n. 11.464/07, ao instituir, expressamente, o direito à progressão de regime a condenados por crimes hediondos e seus equiparados, Schmitt (2011) considera que o legislador trouxe, com essa Lei, nova inconstitucionalidade, contudo, com feições mais suaves. Rechaça o fato de adotar-se, conforme vontade externada pelo legislador, o regime fechado quando versar a hipótese de crimes hediondos e equiparados, pois a Lei prevê que a pena deve ser cumprida inicialmente em regime fechado,

independentemente da quantidade de pena fixada, das circunstâncias específicas do fato e das condições pessoais do condenado.

2.5 Aplicabilidade da Lei n. 11.343/06

Em pesquisa com título “Tráfico e Constituição: um estudo jurídico social do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais penais”, da Série Pensando o Direito, realizada em parceria entre a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e o PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), publicada em 2009, foram analisados sentenças e acórdãos de juízes e tribunais da capital do Rio de Janeiro e de Brasília-DF, bem como da Justiça Federal. A pesquisa constatou que os traficantes selecionados pelo sistema penal, tanto em juizado quanto em tribunal, atuam, em sua maioria, de forma individual ou foram presos nessa situação, e também que, na maioria dos casos, não havia concurso material do tráfico de drogas com outros crimes, do que se permitiu revelar que o traficante preso, em sua maioria, não é integrante de organização criminosa.

A pesquisa chegou à conclusão de que a minorante instituída pelo § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, não logrou alcançar os objetivos a que se propôs.

Não obstante a prevalência quantitativa de sujeitos criminalizados primários, de bons antecedentes e cuja conduta não esteja tipificada em concurso material com o crime de associação para o tráfico, comprovou-se uma resistência das instâncias ordinárias e do próprio STJ em aplicá-la aos réus que, em tese, fariam jus ao benefício (BOITEUX, 2009, p. 104).

Em defesa da tese de doutorado na Universidade de Brasília, Beatriz Vargas analisou a forma como os juízes do Distrito Federal estão aplicando a nova Lei de Drogas. Em sua pesquisa, na análise das sentenças quanto ao local de residência dos réus, conseguiu essa informação em 62,5% do total de sentenciados. Vargas entendeu ser relevante considerar esse universo amostral, que mostrou importante indicativo em relação à moradia. A maior parte dos presos tem domicílios informados nas chamadas cidades satélites, regiões do Distrito Federal onde se concentra a maior parte da população pobre. No entanto, a abordagem dessas pessoas se faz, na maioria das vezes nas proximidades da moradia das classes médias ou altas, onde a demanda por segurança é cumprida em maior medida.

Além disso, ao analisar a situação de emprego dos réus nos casos analisados, pôde verificar que a maioria dos presos em flagrante, quando trabalha, atua na informalidade, exercendo trabalhos que precisam de pouca ou nenhuma qualificação, verificação que reforça a seleção, mostrando que a maioria dos condenados é composta por pessoas dos estratos inferiores da estrutura social.

Essa constatação afirma a elevada criminalização secundária de quem se encaixa no estereótipo de praticante de condutas proibidas pela lei, que é o pequeno traficante, pobre, na maioria das vezes usuário ou viciado.

[...] a maior parte do flagrante nos casos pesquisados – dado que comporta generalização para além dos limites desta pesquisa – se dá no palco do pequeno tráfico, aquele onde ocorre, ainda que com intensidade, o comércio varejista da droga, cujo principal papel é desempenhado pelo traficante pobre, muitas vezes viciado ou usuário [...] (VARGAS, 2011, p. 79).

Conforme dados obtidos no InfoPen, Vargas (2011) afirma que o tráfico de drogas, no ano de 2010, é campeão das prisões tendo em conta o número de presos em todo o sistema penitenciário brasileiro. Só perde a primeira colocação entre os crimes que mais lotam as prisões quando comparado com a soma do segundo colocado no ranking, qual seja o roubo qualificado, mais o roubo simples ou quando somado ao furto simples ou qualificado. Portanto, o tráfico de drogas é o delito que, analisado de forma isolada, responde pelo maior número de prisões no Brasil. Ademais, é o único crime que apresenta uma tendência constante de crescimento.

Ainda segundo Vargas (2011), o crime de tráfico de drogas lidera o ranking dos crimes praticados por mulheres encarceradas. A quantidade de mulheres condenadas por tráfico de drogas chega a superar o dobro da soma de todos os crimes patrimoniais que as tiveram como autoras. Um dos motivos dessa realidade é não somente o tempo da condenação, mas principalmente as dificuldades de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, além dos óbices apresentados à obtenção da suspensão condicional da pena e outros obstáculos colocados à liberdade do preso, que provocam o aumento do tempo de permanência atrás das grades. “A criminalização primária expandiu e segue expandindo enormemente o programa punitivo, contra todas as aspirações do direito penal mínimo, o que desemboca e se reflete na criminalização secundária” (VARGAS, 2011, p. 110).

A dramática realidade de exclusão social brasileira, decorrente do agravamento penal em sua legislação e conseqüente estigmatização, refletida na criminalização secundária, é retratada no exemplo que nos apresenta Boiteux (2006a, p. 9):

Para que se avalie a desproporcionalidade da situação, basta imaginar a hipótese de dois garotos de dezoito anos negociando a compra de droga considerada ilícita: se a polícia os flagrasse no momento em que o vendedor (pobre, que precisa vender droga para sobreviver) entregasse a mercadoria para o usuário (rico, que tem dinheiro de sobra para poder pagar droga sem traficar), este iria ser encaminhado ao Juizado Especial e não poderia ser preso de jeito nenhum, enquanto que o outro estaria sujeito a uma pena

mínima de cinco anos, somente tendo direito à liberdade condicional com dois terços da pena cumprida, desde que não fosse reincidente específico.

Disso se infere que a despenalização só alcança aquele que não precisa traficar para consumir droga, aquele que não é marginalizado e não sofre as consequências da criminalização secundária.

A segurança usada como justificativa pelo discurso de combate a um mal é ilusória, pois essa estratégia é paga pela parcela pobre, que sofre as consequências da política proibicionista. Menos danos seriam causados pelas drogas caso elas fossem legalizadas e entrassem na economia sob controle do Estado. Ademais, afirma Filho (2009, p. 45) que “a descriminalização romperia a amplitude da reação social porque teria sido rompida a cadeia criminosa, do grande traficante ao passador”.

Não se tem intenção de afirmar que a descriminalização de drogas, caso ocorresse, daria fim à violência; no entanto, poderia reduzi-la de maneira significativa. A impunidade não é causa da violência. Essa ocorre devido à situação de clandestinidade em que aqueles que lidam com drogas se vêem obrigados a ficar. O próprio sistema gera essa violência. Não se pode atribuir toda a culpa ao traficante. Também não se deve olvidar que não haveria oferta de droga se não houvesse demanda.

Gomes (2008, p. 112) defende que:

Quem alimenta o tráfico é o usuário, logo, pouco adianta, prender um ou outro traficante (que será substituído em sua área com prontidão), se a demanda continua em alta. A velha lei do mercado diz: onde há procura há oferta! Temos que buscar diminuir o número de usuários (mas jamais jogando qualquer carga punitiva sobre eles, que são vítimas, não criminosos).

Assim como é um abuso punir o usuário que não causa mal nenhum a terceiros, também o é com o pequeno traficante, que, muitas vezes, vende para sustentar seu vício. Além do que, com a ilegalidade das drogas, o próprio usuário pode sujeitar-se a situações de risco, pois também precisa, para consumir, frequentar locais conhecidos por tráfico.

Concluindo, é necessário evidenciar a necessidade de reserva da pena privativa de liberdade para casos de maior gravidade, devendo-se atribuir aos que pouco contribuem para o tráfico e não participam de organização criminosa, não sendo autores de crimes com uso de violência, solução mais benéfica ao sentenciado, que teria a possibilidade de cumprir a pena cominada de forma substitutiva, afastando a custódia prisional.

3. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO ÀS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS PARA O DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS E ANÁLISE DE ACÓRDÃOS

Nos capítulos anteriores, buscou-se abordar a prática legislativa, muitas vezes, voltada à repressão, com aumento da reprimenda nas penas, especificamente às aplicadas aos condenados pelo crime de tráfico de drogas.

A partir de agora, será examinado o HC 97.256, que declarou inconstitucional a proibição prevista no art. 44, *caput*, e no art. 33, § 4º, parte final, da Lei Antidrogas. Em seguida, passa-se à análise de acórdãos do STF e do STJ, nesse caso, da 5ª e da 6ª Turmas, para analisar como a Lei está sendo aplicada aos traficantes de drogas após o julgamento pela inconstitucionalidade da vedação à conversão da reprimenda. Com a vigência da Lei n. 11.343/06, os julgadores se viram impedidos de converter a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. No entanto, o HC mencionado trouxe o entendimento de que essa prática é aplicável. Visa-se, portanto, analisar se os acórdãos dos tribunais superiores estão em conformidade com a decisão desse HC.

3.1 Julgamento do HC 97.256/RS pelo STF

O HC n. 97.256/RS trata de pedido de liminar impetrado contra decisão do STJ que negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, para crime de tráfico de drogas na forma eventual. Apesar de reconhecer existência de circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente, o STJ não concedeu conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, cuja vedação consta expressa no art. 44, *caput* e no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. O impetrante teve reconhecido, em seu benefício, a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, no seu limite máximo, em função de ter a seu favor todas as circunstâncias judiciais. Foi condenado, pelo delito de tráfico de drogas, à pena de um ano e oito meses de reclusão em regime inicialmente fechado. Apesar de a pena ser inferior ao limite previsto pelo art. 44, inciso I, do CP, para a concessão da substituição da pena, a Lei Antidrogas vetou tal benesse para as condutas relacionadas ao tráfico de drogas, constantes nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 da Lei supracitada.

3.1.1 Defesa

A impetrante, Defensoria Pública da União, sustentou a inconstitucionalidade incidental do art. 44 da Lei n. 11.343/06, sob o fundamento de que, em se tratando de tráfico ilícito de drogas, a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de

direitos ofende as garantias constitucionais da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI), ofendendo o devido processo legal; da inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário quanto a lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, inciso XXXV), tendo em vista que obstaculiza ao Judiciário a apreciação do caso concreto; e da proporcionalidade da sanção em resposta ao delito (art. 5º, inciso LIV), em sua vertente estrita, a proibição do excesso.

Sustentou, ainda, que a presunção do crime de tráfico de drogas exigir a vedação da substituição da pena devido à sua gravidade, não é uma verdade inafastável, por não ser possível ao legislador prever toda e qualquer situação a que determinada norma incidirá. Portanto, cabe à instância julgadora, em análise do caso concreto, indicar a norma adequada.

A Defensoria entende que o legislador andou muito bem ao reconhecer o tráfico de menor gravidade, porque reconheceu esse fenômeno social, mas no art. 44 impôs uma série de barreiras ao Judiciário, incluída a vedação às penas restritivas de direito e que, ao vedar a conversão da pena, foi além do que lhe permitia a Carta Magna de 1988. O legislador vetou que o juiz fosse além da fixação da pena, o que fere o princípio da proibição do excesso.

O réu foi encontrado com 13,4 g da substância cocaína e, acredita a defesa, que só não foi caracterizado como porte (art. 28), porque estava embalada separadamente, dando a entender que pudesse se destinar à mercancia. O paciente condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses (resultado da pena mínima de cinco anos reduzida, pela causa de diminuição, no seu patamar máximo, que são dois terços – art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06) tem que passar, no mínimo, oito meses encarcerado, haja vista ter de cumprir dois quintos da pena, caso não haja falta (no caso de a conduta ter sido posterior à Lei n. 11.464/07).

3.1.2 Posição do Ministério Público

A Procuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem. Argumentou que o constituinte quis criar uma categoria de delitos que mereceriam maior reprimenda, o que infere do disposto no inciso XLIII, do art. 5º, da CF: “A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. Segue argumentando que antes de afrontar a Constituição, a norma em discussão com ela se harmoniza, adequando-se a essa vontade do constituinte de criar, para esses delitos, uma reprimenda mais vigorosa.

O Ministério Público reconhece a falência da pena privativa de liberdade, pelas imensas dificuldades que decorrem da sua aplicação, o que legitima a aplicação de penas restritivas de direitos. A Lei n. 9.714/98 ampliou o rol das penas restritivas e seus pressupostos foram alterados (pena não superior a quatro anos e crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa), o que é estabelecido como medida de política criminal para a pequena e média criminalidade, com sanções menos danosas. No entanto, na opinião da Procuradoria Geral da República, esse regime privilegiado de pena não seria compatível com os crimes hediondos, nem com a norma constitucional que erigiu essa categoria especial, pois essa categoria de crimes foi considerada pelo constituinte como de maior potencial ofensivo à estabilidade das relações sociais e à ordem jurídica. Posiciona-se no sentido de que a intenção clara da CF foi a de atribuir a essa categoria de delitos, pela intensa reprovabilidade e dano social que provoca, uma tutela especial, cominando aos seus autores punição mais severa.

A Lei n. 11.343/06, conforme posição do Ministério Público, veio dar concretude a essa previsão constitucional. Sob esse ponto de vista, a norma, especialmente na parte que veda aplicação da pena restritiva de direitos aos condenados por tráfico de drogas, estaria, assim, em perfeita harmonia com o regime constitucionalmente instituído para repressão e punição dos crimes hediondos e equiparados. Apesar do reconhecimento de que se tem ampliado as possibilidades de admissibilidade do cabimento das penas restritivas de direito, a regra, no sistema penal brasileiro, ainda é a punição dos crimes mediante aplicação das penas privativas de liberdade (destacadas no art. 32, inciso I, do CP e no art. 5º, inciso XLVI, da CF).

O Ministério Público não discorda do aspecto positivo da ampliação de aplicação das penas restritivas de direitos, mas discorda de sua aplicação a condutas que considera que a CF previu que tivessem tratamento mais gravoso. Não aceita o tráfico de drogas de pequeno porte como crime de menor potencial ofensivo, diante do que nega aplicabilidade a essa conduta de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

3.1.3 Votos Vencidos

Os ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio votaram contra a concessão da ordem.

Joaquim Barbosa argumenta que, no nosso Direito Positivo, “a substituição da pena **não é cabível em qualquer crime**” (p. 159, grifo do autor). Observa que o Código Penal traz vedações a essa substituição no seu art. 44, impedindo que o juiz opte pela

substituição, e que o instituto da substituição da pena não deriva, diretamente, do direito constitucional à individualização da pena. Em decorrência disso, o ordenamento não outorgaria ao juiz essa ampla liberdade de analisar se a substituição é cabível, em todo e qualquer caso concreto.

O ministro defende, ainda, que o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, confere ampla margem de atuação ao legislador penal, determinando que a lei estabeleça as normas a serem seguidas pelo juiz na individualização da pena em cada caso concreto. Sustenta que, se o princípio da individualização da pena for excessivamente abstraído, chegaremos a uma situação em que o legislador não poderá estabelecer pena alguma, cabendo a individualização ao juiz, de acordo com o caso concreto, dentre as sanções estabelecidas exclusivamente pelo Magno Texto Federal. Acrescenta, como sustentado também pelo Ministério Público, que a própria CF considera os crimes hediondos como delitos mais gravosos à vida em sociedade e acredita que o tráfico de drogas mereça um tratamento ainda mais restritivo da própria Carta Magna. Considera que as restrições impostas pelo art. 5º, inciso XLIII, da CF, são restrições mínimas no tratamento dispensado pelo legislador ordinário ao crime em discussão, o que não impediria outras vedações legais.

O crime de tráfico de drogas é tido por Joaquim Barbosa como a causa de um contexto de extrema violência, especialmente nas favelas e comunidades mais pobres do Brasil.¹³

Adotando mesmo posicionamento, a ministra Ellen Gracie afirma que a norma contida no *caput* do art. 44 da Lei n. 11.343/06, ao estabelecer expressamente a vedação à conversão, tão somente explicita regra que vigorava implicitamente no sistema jurídico brasileiro quanto à incompatibilidade de tratamento dado aos crimes hediondos e a eles equiparados no mesmo regime que é dado aos outros crimes.

3.1.4 Posição Favorável à Concessão da Ordem

Os ministros Cezar Peluso, Ayres Britto, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, compondo a maioria de votos, decidiram pela inconstitucionalidade incidental do art. 44, *caput*, bem como do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

¹³ Esse posicionamento vai de encontro à criminologia crítica, que considera, como causa de violência, não a conduta tida como ilícita, mas sim a tipificação desse comportamento como crime. A violência do sistema penal recai sobre a parte da população econômica e socialmente excluída.

No entender do ministro Ayres Britto, a Constituição da República, no art. 5º, inciso XLIII, não inclui no catálogo de restrições a vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Cumpra frisar-se o preceito contido no inciso XLIII, do art. 5º, da CF: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. O texto cuidou de enunciar as restrições a serem impostas àqueles que praticarem condutas hediondas.

O ministro Ayres Britto sustenta que a Carta Magna de 1988 optou claramente por não admitir tratamento penal mais rigoroso do que o nela previsto, subtraindo do legislador comum a criação de normas mais vigorosas. Afirma que a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao infrator a sanção criminal que se figurar ao julgador como expressão de ponderação de circunstâncias objetivas e subjetivas do fato. Considera que o Direito é feito para a concreta vida dos homens em sociedade, a qual escapa à previsão e descrição legislativa. Atenta à necessidade do advento de um sistema de direito penal humanista e à imperiosa tarefa individualizadora de transportar para o caso concreto os comandos genéricos, impessoais e abstratos da Lei, em respeito à ineliminável discricionariedade com que atua o sentenciante ao determinar o tipo de pena. Ajuíza que o direito penal não pode subtrair da instância julgadora a possibilidade de atuar com discricionariedade em relação à alternatividade sancionatória. A Lei, acompanhada da razoabilidade e da proporcionalidade, pode estabelecer condições mais severas para a incidência da alternatividade, no entanto, não pode subtrair ao julgador a convolação da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

A garantia constitucional da individualização da pena, atenta o ministro, foi imposta pela Constituição Federal em dispositivo posterior ao referente aos crimes hediondos, e permeia tanto o crime quanto o castigo. No próprio texto constitucional não foi feita nenhuma exceção à incidência da personalização da pena. Ademais disso, o Supremo Texto Federal de 1988 prestigia a liberdade física das pessoas, prevendo o aprisionamento como exceção e, nesse ponto, traduz uma garantia que fornece um elemento de contenção da atividade legislativa. A Suprema Legislação não fez menção à vedação de progressão de regime quando reservou tratamento diferenciado aos crimes hediondos, nem impôs outra restrição quanto à incidência da regra da individualização. A autorização constitucional para

restrição de direitos deve ser seguida à risca pelo legislador, sob pena de entrar em contraste com a Magna Carta.

Ayres Britto levanta que, mesmo no plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Brasil, confere-se tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes com menor potencial ofensivo.

Sustentando sua posição, coloca o seguinte:

De se perceber, portanto, que as penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas sempre que possível contornáveis sequelas.

[...]

Opção constitucional (aplicabilidade alternativa à pena de prisão) que, além de cultivar o vetor da proporcionalidade entre os bens jurídicos violados e a resposta punitiva do Estado, traduz que **a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse germinado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado. Além de inibir, obviamente, condutas de igual desvalia social** (p. 139, grifo do autor).

No acórdão do HC 97.256, o STF entendeu que a Constituição da República garante a individualização das penas¹⁴, para analisar caso a caso a conduta atribuída ao réu, com o objetivo de diferenciar o nível do traficante. Foi concedida a ordem para remover o óbice da parte final do *caput* do art. 44 da Lei n. 11.343/06, bem como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal, determinando ao Juízo de Execução Penal que avalie as condições objetivas e subjetivas da concreta situação do paciente.

Essa decisão é uma evolução na medida em que respeita o princípio da individualização da pena. A Lei é extremamente rigorosa com o traficante que integra organização criminosa, que é responsável pela prática de outros crimes, como homicídio, sequestro, etc. Seu texto original diferenciava a conduta mais branda do traficante, quando preenchesse os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Contudo, com a interpretação

¹⁴ A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 5º, inciso XLVI, que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;
 b) perda de bens;
 c) multa;
 d) prestação social alternativa;
 e) suspensão ou interdição de direitos”.

do § 4º, do art. 33, da mencionada Lei, pelo Supremo, consegue-se diferenciar o menor traficante, que, muitas vezes, é utilizado pelo grande traficante para distribuição da droga.

O STF reconheceu o alcance do princípio individualizador da pena ao declarar a inconstitucionalidade da vedação imposta pela lei ordinária, não permitindo que o julgador seja impedido de exercer atribuição que lhe cabe, qual seja, de análise sobre a possibilidade de substituição da pena, após aferir o preenchimento dos requisitos legais, em análise do caso concreto.

Essa inviabilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos trazida pelo artigo 44 da Lei n. 11.343/06 se revelava inconstitucional. O legislador ordinário extrapolou ao intervir na esfera de discricionariedade do julgador, vedando que esse estabelecesse o regime inicial de cumprimento da pena após efetuar exame detalhado do caso concreto, verificando se há possibilidade ou não de substituição por pena não privativa de liberdade, conforme arts. 44 e 59, do Código Penal.

3.2 Análise de Acórdãos de Tribunais Superiores

Para esta parte do trabalho, foram selecionados casos concretos relacionados ao crime de tráfico de entorpecentes, em que o impetrante postula a concessão do benefício da substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos.

Somente foram pesquisados acórdãos de Habeas Corpus dos Tribunais Superiores competentes para julgar o crime de tráfico de drogas, todos disponíveis em arquivo eletrônico, nas páginas virtuais dos Tribunais. No sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, acessando-se em “jurisprudência”, na área “opções de busca”, encontra-se o campo de busca de jurisprudência do referido Tribunal. No campo “pesquisa livre”, inseriu-se o termo “tráfico drogas conversão pena”, como critério de pesquisa. Foram encontrados 278 documentos, dentre os quais foram selecionados os mais atuais, buscando-se pesquisar 30 acórdãos de cada Turma da 3ª Seção. No sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, acessando-se em “jurisprudência”, na área de “pesquisa”, encontra-se o campo para busca de julgados dessa Corte. No campo “pesquisa livre”, também se inseriu o termo “tráfico drogas conversão pena”. Foram encontrados 13 acórdãos, dentre os quais 7 (sete) haviam sido julgados posteriormente à data de julgamento do HC 97.256/RS.

Os Habeas Corpus coletados do STJ referem-se a ações penais em trâmite nas instâncias ordinárias, por serem decorrentes de impetrações contra acórdãos proferidos por Tribunais da segunda instância. Não houve consulta aos autos dos processos, todas as informações coletadas foram extraídas dos textos dos acórdãos. Como o objetivo desta

pesquisa foi observar a aplicação da conversão da pena por tais órgãos após a declaração de inconstitucionalidade da vedação exposta na Lei n. 11.343/06, foram escolhidos acórdãos com data de julgamento posterior à data em que foi julgado o HC 97.256. Assim, foram selecionados acórdãos do STJ com data de julgamento após 28/09/2010, sendo o mais recente com julgamento na data 25/10/2011. Do STF, dentre os acórdãos pesquisados, o mais antigo data de 16/11/2010 e o mais recente 25/10/2011.

Foi feita a análise de 67 acórdãos, no total, sendo 07 do STF e 60 do STJ, desses, 30 da 5ª Turma e 30 da 6ª Turma. A escolha da quantidade de acórdãos do STJ foi da pesquisadora, com intenção de colher o mesmo número de decisões de cada Turma.

Tendo em vista a escolha de julgados pelos Tribunais Superiores, não foi possível verificar julgamentos dos juízes de primeira e segunda instâncias. Em todos os acórdãos pesquisados, todos os réus foram condenados, não havendo absolvição.

3.2.1 Acórdãos de Habeas Corpus do STJ

Dos 60 (sessenta) acórdãos coletados do STJ, houve casos oriundos dos seguintes estados da federação: Acre, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo. Desses estados, a quantidade de acórdãos analisados consta na Tabela 1 abaixo:

Tabela 1 – Acórdãos analisados pelo STJ

Estados	Quantidade de Habeas Corpus oriundos desses estados
Acre	1
Bahia	1
Ceará	1
Distrito Federal	4
Espírito Santo	1
Goiás	2
Mato Grosso do Sul	6
Minas Gerais	10
Paraná	1
Pernambuco	1
Rio de Janeiro	7
Rio Grande do Sul	4
Santa Catarina	1
São Paulo	20

Fonte: STJ

Os estados do Acre, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Paraná, Pernambuco e Santa Catarina tiveram, cada um, apenas um acórdão dentre os analisados no presente trabalho. A maioria dos acórdãos, constituindo dois terços do total, foi proveniente do estado de São Paulo. Em seguida, vem o estado de Minas Gerais, com dez acórdãos. Todas as regiões foram contempladas, como se pode notar, todavia, percebe-se predominância, em quantidade de casos analisados, das regiões sudeste e centro-oeste, com trinta e oito e doze, respectivamente. De todas as regiões, tiveram acórdãos de todos os seus estados presentes na análise, as regiões sudeste e sul.

3.2.1.1 Análise da 5ª Turma

Dos trinta casos estudados da 5ª Turma, em 27 constava o tipo de substância apreendida em posse do réu. Os tipos de droga apreendida foram os seguintes: cocaína, *crack*, maconha e merla. A ocorrência de cada uma, dentre os 27 acórdãos, segue na Tabela 2 a seguir.

Tabela 2 – Número de casos analisados pela 5ª. Turma do STJ em que consta o tipo de substância apreendida em posse do réu.

Tipo de Droga	Frequência
Cocaína	9
<i>Crack</i>	12
Maconha	13
Merla	1

Fonte: STJ

Dos casos em que foi especificado o tipo de droga, houve variedade em 7 (sete), conforme Tabela 3. Logo, em 20 casos, foi apreendido apenas um tipo de droga.

Tabela 3 – Número de casos analisados pela 5ª. Turma do STJ em que houve variedade de drogas apreendidas em posse do réu.

Combinação	Frequência
Maconha e Cocaína	1
Maconha e <i>Crack</i>	3
<i>Crack</i> e Cocaína	2
Maconha, Cocaína e <i>Crack</i>	1

Fonte: STJ

A Tabela 4, a seguir, oferece a quantidade de casos, dentre os que expõem o(s) tipo(s) de droga(s), em relação a cada combinação:

Tabela 4 – Frequência de drogas nos casos analisados.

Combinação	Frequência
Cocaína	5
<i>Crack</i>	6
Maconha	8
Merla	1
Maconha e Cocaína	1
Maconha e <i>Crack</i>	3
<i>Crack</i> e Cocaína	2
Maconha, Cocaína e <i>Crack</i>	1

Fonte: STJ

Das informações apresentadas nos acórdãos, em relação à quantidade de droga, nem todos tinham registro sobre o peso em gramas ou quilogramas. Dos 27 acórdãos em que o tipo de substância foi mencionado, em 8 (oito) não havia a mensuração do peso. Nesses casos, constavam apenas as menções: pedras, porções, invólucros, tubetes, bucha, latas, ou simplesmente mencionaram os tipos de substâncias.

Sobraram, portanto, 19 casos em que havia a quantidade mensurada da droga. A Tabela 5 seguinte¹⁵ demonstra a quantidade de droga e sua frequência por peso.

Tabela 5 – Número de casos em que a quantidade foi mensurada.

Quantidade	Frequência	Porcentagem
De 1g a 10g	4	21,05%
De 10g a 100g	6	31,58%
De 100g a 1 Kg	3	15,79%
De 1 kg a 10 kg	3	15,79%
De 10 kg a 100 kg	3	15,79%

Fonte: STJ

Em relação aos casos em que havia mais de um tipo de droga, foi feita a soma da quantidade de cada uma, para inserir na tabela acima.

Os casos com quantidade até 100g formam mais de 50% do total. Somando-se os percentuais de 1g a 10kg, tem-se 84,21% dos casos. Apesar da pequena quantidade de acórdãos, esse resultado traz a mesma conclusão que Beatriz Vargas, em sua pesquisa: “Está autorizada a conclusão de que o sistema de justiça está inflacionado pelo pequeno tráfico [...]” (VARGAS, 2011, p. 86).

A quantidade de réus, em cada processo, está expressa na Tabela 6 abaixo.

¹⁵ Usou-se modelo de tabela apresentada por Beatriz Vargas, em sua tese de doutorado.

Tabela 6 – Quantidade de réus por processo.

Número de Réus	Frequência	Porcentagem
1	26	86,67%
2	3	10%
3	1	3,33%

Fonte: STJ

Multiplicando-se o número de réus pelo número correspondente de processos em que aparecem, e somando-se o total ($1 \times 26 + 2 \times 3 + 3 \times 1$), tem-se 35 réus nos 30 casos pesquisados. Desse total de 35 réus, 26 foram abordados sozinhos, podendo-se constatar que há predomínio de traficante individual¹⁶.

Em seguida, é feita amostragem do número de réus por tipo de droga combinada, conforme Tabela 7 a seguir.

Tabela 7 – Amostragem do número de réus por tipo de combinação de drogas.

Tipo de Droga	Frequência	Porcentagem
Maconha	11	37,93%
<i>Crack</i>	5	17,24%
Cocaína	5	17,24%
Merla	2	6,89%
<i>Crack</i> e Cocaína	2	6,89%
Maconha e <i>Crack</i>	2	6,89%
Maconha e Cocaína	1	3,45%
Maconha, Cocaína e <i>Crack</i>	1	3,45%

Fonte: STJ

É predominante, nos acórdãos pesquisados da 5ª Turma, a abordagem de sujeitos portando a substância *cannabis*, conhecida como maconha.

Em relação aos antecedentes dos 35 condenados, é feita distribuição do número de réus, apresentada na Tabela 8 abaixo.

Tabela 8 – Antecedentes dos réus condenados.

Antecedentes	Frequência	Porcentagem
Não informado	16	45,71%
Primário e com Bons Antecedentes	11	31,43%
Primário	4	11,43%
Reincidente	2	5,71%
Maus antecedentes	1	2,86%
Processo em curso sem trânsito em julgado	1	2,86%

Fonte: STJ

¹⁶ À mesma conclusão chegou a pesquisa “Tráfico e Constituição”, que constatou que os traficantes selecionados pelo sistema penal, tanto em juizado quanto em tribunal, atuam, em sua maioria, de forma individual ou foram presos nessa situação.

Uma quantidade significativa de casos não informa os antecedentes dos réus. Considerando somente os casos que apresentam os antecedentes (54,29%), há informação sobre 19 condenados. Desses, 15 são primários ou primários com bons antecedentes, o que equivale a aproximadamente 78,95% desses casos.

Em relação ao dispositivo em que foram incurso, segue a Tabela 9, com o número de réus condenados.

Tabela 9 – Dispositivos em que foram incurso os réus condenados.

Dispositivo	Frequência
Art. 33, § 4º	17
Art. 33, <i>caput</i>	7
Art. 12, <i>caput</i> , da Lei n. 6.368/76 ¹⁷	5
Art. 33, <i>caput</i> , c/c art. 40, I	3
Art. 33, <i>caput</i> , c/c art. 40, III	2
Art. 33, <i>caput</i> , c/c art. 35, <i>caput</i>	1

Fonte: STJ

A Tabela 10, a seguir, mostra a distribuição do número de réus em relação à quantidade de pena cominada.

Tabela 10 – Distribuição do número de réus em relação à pena cominada.

Quantidade de pena definitiva	Frequência	Porcentagem
Abaixo de 4 ¹⁸ anos	31	88,57%
4 anos	1	2,86%
Mais de 4 anos	3	8,57%

Fonte: STJ

A aplicação da causa de redução da pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343, ocorreu, em relação ao número de réus, na frequência apresentada na Tabela 11 abaixo.

Tabela 11 – Distribuição do número de réus em relação à redução da pena.

Diminuição de Pena	Frequência	Percentual
Houve redução	25	71,43%
Não houve redução	2	5,72%
Determina ao Juízo de Execução que analise o preenchimento dos requisitos para incidência da minorante	2	5,72%
Sem informação	6	17,13%

Fonte: STJ

¹⁷ Crimes cometidos sob égide da Lei n. 6.368/76

¹⁸ Quantidade limite de pena para viabilizar conversão da reprimenda corporal por restritiva de direitos

Dentre os casos (25) em que houve aplicação da causa de redução da pena mencionada alhures, a Tabela 12 a seguir mostra a comparação entre o número de vezes em que a redução foi concedida no seu grau máximo (2/3 – dois terços) e quando foi concedida em patamar inferior.

Tabela 12 – Número de vezes em que a redução foi concedida no seu grau máximo (2/3 – dois terços) e quando foi concedida em patamar inferior.

Aplicada redução da pena prevista no § 4º, do art. 33	Frequência	Porcentagem
No grau máximo	4	16%
Em patamar inferior	21	84%

Fonte: STJ

O regime¹⁹ inicial de cumprimento da sanção cominada, em relação ao número de condenados, é informado na Tabela 13 a seguir.

Tabela 13 – Regime inicial da sanção.

Regime inicial de cumprimento da pena	Frequência	Porcentagem
Fechado	23	65,71%
Semi-aberto	6	17,14%
Aberto	2	5,71%
Sem informação	4	11,43%

Fonte: STJ

Finalmente, dentre os casos analisados, a quantidade de réus que obtiveram concessão da benesse de substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos, é exposta na Tabela 14 abaixo.

Tabela 14 – Número de réus beneficiados com substituição da pena.

Possibilidade de substituição da pena	Frequência	Porcentagem
Substituição da pena considerada inviável	27	77,14%
Determina ao Juízo da Execução Penal a avaliação das condições objetivas e subjetivas do impetrante quanto ao pedido de substituição da pena	5	14,28%
Concedida a substituição da pena	3	8,57%

Fonte: STJ

Apesar dos casos com pena fixada abaixo de 4 (quatro) anos serem predominantes, da relevante frequência de diminuição das penas (benefício do art. 33, § 4º, da Lei), e da maioria dos condenados ser primária e de bons antecedentes, poucos foram os

¹⁹ “[...] no que diz respeito ao regime prisional para o crime previsto no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, cumpre ressaltar que, não obstante o regime inicial fechado seja imposto aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007 – que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 –, após o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n.º 97.256/RS, em que se admitiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, passou-se a admitir a adequação também do regime, em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da sanção penal, com a fixação de regime prisional mais brando, compatível com a benesse concedida justamente para evitar o encarceramento”. (HC 192.256)

julgados em que foi concedido o regime inicial aberto²⁰ para cumprimento da sanção e também em poucos houve concessão da conversão da pena em restritivas de direitos.

Nos casos em que a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos foi considerada inviável, a justificativa predominante foi não se mostrar socialmente recomendável, devido à quantidade, à natureza e à forma em que foi acondicionada a droga apreendida. Alegou-se que os pacientes não preenchiam os requisitos legais para concessão da substituição da pena. A natureza e a quantidade da substância também foram justificativas para a não concessão da causa de diminuição da pena, prevista no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, que tem como requisitos para esse benefício o agente ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

Não obstante o afastamento, pelo STF, da vedação legal, a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos deixou de ser concedida por acreditar o julgador que a pena alternativa não se mostrava socialmente recomendável, devido, por exemplo, à natureza da droga. Mesmo a pena sendo inferior a quatro anos, o crime não tendo sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, mesmo sendo o réu primário, não havendo óbice aparente para denegar a concessão, houve casos em que ela foi denegada.

No julgamento do HC 206.080, cujo impetrante, primário e de bons antecedentes, condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos, foi abordado tendo, em posse, 14 pedras de *crack* e 1 (uma) bucha de maconha, houve negativa à fixação de regime de cumprimento da pena diverso do fechado e à substituição da reprimenda por medidas restritivas de direitos, como pode-se verificar na citação abaixo.

Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, em razão da quantidade, da natureza e forma de acondicionamento da droga apreendida.
[...]

²⁰ Art. 33 (do Código Penal) - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) **o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.**

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. (grifo nosso)

Portanto, sendo inadequada à espécie a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, deve o Paciente iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007 (HC 206.080).

Até a forma como foi acondicionada a droga foi argumento para justificar o indeferimento, o que vem a ser um visível exagero, haja vista o acondicionamento da droga em invólucros ser natural do tipo da conduta de tráfico, mas não necessariamente do tráfico contumaz, não devendo ser usado para justificar o aumento da reprimenda o que já foi usado como indício de que a posse da substância tinha como objetivo o tráfico e não o uso próprio.

Do mesmo modo, o impetrante do HC 181.864 não obteve o benefício de conversão da pena em outra diversa da prisão. O réu portava 1,44 g de cocaína, não possuía antecedentes ruins, nem havia prova de dedicação à atividade criminosa. A quantidade da droga é notadamente pequena, no entanto, a quantidade e a natureza da substância justificaram a negativa de redução da pena no grau máximo e o indeferimento do regime inicial aberto e da conversão da pena, conforme citação abaixo.

O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expresso no sentido de que "*o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto*" (grifei). Esse critério, por certo, deve ser usado tanto para a fixação da pena-base quanto para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da nova Lei de Drogas de modo adequado.

Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida – **07 invólucros de cocaína, pesando 1,44 gramas** –, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo.

[...]

Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, tendo em vista as peculiaridades do caso, que justificaram, aliás, a aplicação da minorante do § 4.º do art. 33 da Lei de Tóxicos no patamar intermediário de um terço (1/3), em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida (HC 181.864, grifo do autor).

O art. 42 da Lei de Drogas dispõe a natureza e a quantidade da substância ou do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente, como preponderantes na fixação da pena. Entretanto, considerar o réu um traficante não eventual e indeferir os benefícios de redução da pena, de fixação do regime inicial aberto e substituição por restritivas de direitos, tão somente devido ao tipo de droga que levava, fere o princípio de proibição do excesso.

Na decisão referente ao HC 191.101, o impetrante foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, porque trazia consigo 12 (doze) pedras de *crack*. O órgão julgador constatou que a substituição da pena por restritivas de direitos não se mostrava socialmente recomendável, tendo em vista a natureza e a quantidade de droga apreendida (considerações previstas, para fixação da pena, no art. 42, da Lei n. 11.343/06): “Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos não se mostra socialmente recomendável, em razão da natureza da droga apreendida – 12 (doze) ‘pedras de *crack*’” (HC 191.101). Na análise das circunstâncias judiciais, verificou-se que a culpabilidade era normal, o réu era primário e não havia elementos nos autos capazes de configurarem a conduta social e a personalidade do réu. As circunstâncias do crime foram normais à espécie. O fato de tratar-se de crime equiparado a hediondo também foi levantado como argumento para inviabilidade de aplicação do regime aberto. Além disso, constatou-se que, no entendimento da 5ª Turma, a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei, não tem o condão de afastar o caráter hediondo do crime de tráfico. A despeito do afastamento da vedação legal prevista na Lei n. 11.343/06, constatou-se não recomendável a substituição da pena em razão da natureza da droga. A previsão do art. 44, nos incisos I, II e III, e do art. 59, no inciso IV, ambos do Código Penal, bem como a possibilidade de conversão da pena, após o julgamento do HC 97.256, não foram suficientes para essa garantia. Nota-se uma preocupação com a prevenção e a repressão do delito.

3.2.1.2 Análise da 6ª Turma

Em 28 dos 30 acórdãos da 6ª Turma estudados, havia menção ao tipo de droga apreendida na posse do réu. Foram encontradas as seguintes substâncias: cocaína, *crack*, *ecstasy* e maconha. A frequência do tipo de droga, em cada processo, é exposta na Tabela 15 abaixo.

Tabela 15 – Tipos de drogas apreendidas.

Tipo de Droga	Frequência
Cocaína	18
<i>Crack</i>	7
<i>Ecstasy</i>	1
Maconha	13

Fonte: STJ

Dos casos em que foi especificado o tipo de droga, houve variedade em 11, enquanto que, em 17 casos, foi apreendido apenas um tipo de droga. Na tabela seguinte, consta a frequência com que apareceu cada uma das combinações.

Tabela 16 – Combinações de drogas apreendidas.

Combinação	Frequência
Maconha e Cocaína	5
Maconha e <i>Crack</i>	4
<i>Crack</i> e Cocaína	2

Fonte: STJ

Dentre os casos em que constava(m) o(s) tipo(s) de droga(s), a quantidade de cada combinação é apresentada na Tabela 17 a seguir.

Tabela 17 – Frequência das Combinações de drogas apreendidas.

Combinação	Frequência
Cocaína	11
<i>Crack</i>	1
<i>Ecstasy</i>	1
Maconha	4
Maconha e Cocaína	5
Maconha e <i>Crack</i>	4
<i>Crack</i> e Cocaína	2

Fonte: STJ

Dois dos acórdãos deixam de informar a quantidade e a natureza da droga, no entanto, um deles afirma que a quantidade é pequena. Outras quatro decisões informam a quantidade, mas não registram o peso em gramas ou quilogramas. Nesses casos, constavam apenas as menções: porções, comprimidos (em relação ao *ecstasy*), pedra, bucha e sacólés.

Assim, em 24 casos, havia a quantidade mensurada da droga. A Tabela 18 seguinte mostra a quantidade de droga, por peso²¹, e sua frequência.

Tabela 18 – Frequência de drogas por quantidade.

Quantidade	Frequência	Porcentagem
De 1g a 10g	8	33,33%
De 10g a 100g	7	29,17%
De 100g a 1 Kg	5	20,83%
De 1 kg a 10 kg	3	12,50%
De 10 kg a 100 kg	1	4,17%

Fonte: STJ

Assim como na pesquisa feita com os acórdãos da 5ª Turma, os casos da 6ª Turma tiveram predominância de pequena quantidade de droga apreendida. A soma dos casos

²¹ Nos casos em que havia mais de um tipo de droga, foi feita a soma da quantidade de cada uma e foi usado o resultado para situar na tabela.

com quantidade até 100g forma 62,5% do total. Somando-se os percentuais de 1g a 10kg, tem-se 83,33% dos casos.

A quantidade de réus, em cada processo, está expressa na Tabela 19 abaixo.

Tabela 19 – Quantidade de réus por processo.

Número de Réus	Frequência	Percentagem
1	27	90%
2	3	10%

Fonte: STJ

Multiplicando-se o número de réus pelo número correspondente de processos em que aparecem, e somando-se o total (1x27+2x3), tem-se um total de 33 réus nos 30 casos pesquisados. Desse total de 33 de réus, 27 foram abordados sozinhos, constatando-se, mais uma vez, o predomínio de traficante individual.

O número de réus por tipo de droga combinada consta na Tabela 20 abaixo.

Tabela 20 – Quantidade de réus por tipo de droga.

Tipo de Droga	Frequência	Percentagem
Cocaína	11	35,48%
Maconha	4	12,90%
<i>Crack</i>	1	3,23%
<i>Ecstasy</i>	1	3,23%
Maconha e Cocaína	6	19,35%
Maconha e <i>Crack</i>	5	16,13%
<i>Crack</i> e Cocaína	3	9,68%

Fonte: STJ

Na Tabela 21 abaixo, é feita distribuição do número de réus em relação aos seus antecedentes.

Tabela 21 – Quantidade de réus em relação aos seus antecedentes.

Antecedentes	Frequência	Percentagem
Primário	19	57,58%
Primário e com Bons Antecedentes	12	36,36%
Maus antecedentes	1	3,03%
Não informado	1	3,03%

Fonte: STJ

Somente um caso não informava sobre os antecedentes do réu. Nos que informavam, apenas 1 (um) tinha maus antecedentes e nenhum era reincidente. Dos 32 réus cujos antecedentes foram mencionados nos acórdãos, 96,87% eram primários ou primários e de bons antecedentes.

Os condenados foram incurso nos dispositivos apresentados na Tabela 22 abaixo.

Tabela 22 – Quantidade de réus por dispositivo em que foram incurso.

Dispositivo	Frequência
Art. 33, <i>caput</i>	15
Art. 33, § 4º	10
Art. 33, <i>caput</i> , c/c art. 40, I	2
Art. 33, <i>caput</i> , c/c art. 40, III	2
Art. 33, <i>caput</i> , c/c art. 40, V	2
Art. 33, § 4º, c/c art. 40, III	1
Art. 12, <i>caput</i> , da Lei n. 6.368/76 ²²	1

Fonte: STJ

A distribuição do número de réus em relação à quantidade de pena cominada é mostrada na Tabela 23 a seguir.

Tabela 23 – Quantidade de réus em relação à pena cominada.

Quantidade de pena definitiva	Frequência	Porcentagem
Abaixo de 4 ²³ anos	29	87,88%
4 anos	-	-
Mais de 4 anos	4	12,12%

Fonte: STJ

A aplicação da causa de redução da pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343, ocorreu, em relação ao número de réus, na frequência mostrada na Tabela 24 abaixo.

Tabela 24 – Quantidade de réus em relação à pena cominada.

Causa de Diminuição de Pena	Frequência	Percentual
Houve redução	30	90,91%
Não houve redução	3	9,09%

Fonte: STJ

Dentre os casos (trinta) em que houve aplicação da causa de redução da pena, expostos acima, tem-se, na Tabela 25 abaixo, comparação entre o número de vezes em que a redução foi concedida no seu grau máximo (2/3 – dois terços) e quando foi concedida em patamar inferior.

Tabela 25 – Quantidade de réus em relação à pena cominada.

Aplicada redução da pena prevista no § 4º, do art. 33	Frequência	Porcentagem
No grau máximo	17	56,67%
Em patamar inferior	13	43,33%

Fonte: STJ

²² Crimes cometidos sob égide da Lei n. 6.368/76.

²³ Quantidade limite de pena para viabilizar conversão da reprimenda corporal por restritiva de direitos.

Segue, na Tabela 26, informação quanto ao regime inicial de cumprimento da pena cominada, em relação ao número de condenados.

Tabela 26 – Regime inicial da pena cominada.

Regime inicial de cumprimento da pena	Frequência	Porcentagem
Aberto	23	69,70%
Fechado	6	18,18%
Semi-aberto	4	12,12%

Fonte: STJ

Por fim, dentre os casos analisados, a quantidade de réus que obtiveram concessão da benesse de substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos, é exposta na Tabela 27 a seguir.

Tabela 27 – Número de réus beneficiados com substituição da pena.

Possibilidade de substituição da pena	Frequência	Porcentagem
Substituição da pena considerada inviável	18	54,55%
Concedida a substituição da pena Determina ao Juízo da Execução Penal a avaliação das condições objetivas e subjetivas do impetrante quanto ao pedido de substituição da pena	1	3,03%

Fonte: STJ

Assim como nos pesquisados da 5ª Turma, a maioria dos acórdãos da 6ª Turma teve pena fixada abaixo de 4 (quatro) anos, também houve redução da pena (art. 33, § 4º, da Lei) e os réus eram primários ou primários e de bons antecedentes. Já o grau de redução da pena foi, predominantemente, o máximo, e o regime inicial concedido para cumprimento da sanção foi, em sua maioria, o aberto, ao contrário do encontrado em relação à 5ª Turma. O padrão de maior quantidade de denegação da substituição da pena foi mantido, embora seja considerável, nos casos da 6ª Turma, o número de vezes em que houve a concessão.

Assim como nos julgados da 5ª Turma, notou-se a relevância da quantidade da substância apreendida para concessão de penas restritivas de direitos. Contudo, nos casos analisados, a 6ª Turma pareceu mais favorável à aplicação dessas penas. A citação, abaixo, demonstra o seu posicionamento:

A Lei nº 11.343/06 previu, em seu arcabouço normativo, a possibilidade de se impor **diminuição na pena** fixada para o tráfico de drogas quando o agente ou traficante for primário, ostentar bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa. Tal circunstância, porém, não retira a natureza hedionda do crime.

Na realidade, objetivou-se, com essa possibilidade de diminuição, **distinguir o pequeno do grande traficante ou o eventual** (como por exemplo, aquela pessoa que é paga para transportar, de um local para outro, determinada quantidade de droga no próprio corpo, vulgarmente conhecido como "mula") do **contumaz** ("dono de uma boca de fumo"), o que se adequou, diga-se de passagem, ao princípio da individualização da pena.

[...]

Noutro giro, conquanto inviável o afastamento do caráter hediondo da infração, possível é o estabelecimento de regime prisional diverso do fechado. Com efeito, por ocasião do julgamento do HC-167.849/MG (sessão do dia 25.5.10), salientei que com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime nos crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena quando se afirmou que todos esses crimes deveriam iniciar a expiação no regime mais gravoso.

Disse mais: a Lei não andou em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal (HC 197.204, grifo do autor).

Na maioria dos acórdãos pesquisados a pena foi fixada abaixo de 4 (quatro) anos, o juiz considerou adequada a redução da pena, concedeu no nível máximo e fixou o regime aberto, no entanto, na maior parte dos casos, o réu não conseguiu escapar do encarceramento, que traz tantos danos à personalidade de condenados, os quais, em sua maioria, nos casos examinados, eram primários e de bons antecedentes.

O art. 42, da Lei n. 11.343/06, dispõe o seguinte: “O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”. Se na fixação da pena, levam-se em conta todos esses requisitos, entende-se que eles sirvam tanto para valorar a sanção penal privativa de liberdade quanto para ponderar sobre sua conversão em restritivas de direitos. Nesse caso, se o juiz comina a pena-base no mínimo legal e defere diminuição no grau máximo (2/3), previsto no § 4º, do art. 33, da Lei, e até concede regime inicial aberto para cumprimento da reprimenda, não se mostra razoável que negue a substituição da pena por medidas restritivas de direitos, como foi feito, por exemplo, no HC 214.961, do STJ, em que o réu era primário e de bons antecedentes e portava 3,3 gramas de *crack* e 0,6 gramas de cocaína. Não se pode negar que a quantidade não é expressiva. Então, o julgador deixou de deferir o benefício devido à natureza e à variedade das drogas, como se estivesse a afirmar que isso retira do réu a condição de traficante ocasional.

A seguinte citação ilustra o mencionado acerca do HC 214.961:

Tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos -

prevista no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 - foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes.

[...]

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expandido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos. Reconhecida a possibilidade de substituição da pena por medidas restritivas de direitos, fica afastada a exigência de fixação do regime fechado para os condenados por tráfico de drogas previsto na Lei n.º 11.343/06. Cabe ao Juiz, para estabelecer o regime prisional, avaliar o disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal.

É imperioso, penso, ter em linha de consideração o disposto no art. 42 da Lei de Drogas, que determina que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Na hipótese vertente, o próprio juiz na sentença apontou que a quantidade de droga - 3,3 gramas de *crack* e 0,6 grama de cocaína - não militaria em desfavor da paciente, sendo, portanto, que o regime inicial apropriado, na espécie, é o aberto, dado que as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis e a reprimenda final postou-se aquém de quatro anos. Contudo, na espécie, embora a pena tenha sido fixada em 01 (um) ano e 08 (oito) meses, tenho que, em razão da qualidade da droga apreendida - *crack* e cocaína -, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não satisfaz a resposta penal.

Nos julgados da 6ª Turma, houve variação quanto à concessão do benefício em relação ao tipo, à quantidade e à variação da droga. No HC 158.624, cujo impetrante era primário e foi condenado à pena de 2 (anos) e 6 (seis) meses, por portar 45g de cocaína, houve concessão da benesse, enquanto que no HC 197.204, cujo impetrante também era primário e foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses, por portar 3,2g de maconha e 43,4g de cocaína, não foi concedida substituição da pena, devido à diversidade de drogas, embora a quantidade não possa ser considerada expressiva. Já no HC 203.571, o impetrante tinha posse de 15,4g de cocaína e foi condenado a 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão. As circunstâncias, nesse último caso, eram favoráveis, por ser ele primário e de bons antecedentes. Essas circunstâncias, aliadas à fixação de pena mínima, propiciaram a fixação de regime aberto, no entanto, a substituição da pena de prisão não foi considerada socialmente recomendável, tendo em vista, principalmente, a natureza da droga. Porém, no mencionado HC 158.624, o réu portava maior quantidade da mesma droga e alcançou o benefício. Aqui nota-se que a segurança jurídica, que deveria ser garantia dos sujeitos submetidos ao direito penal, se mostra banalizada.

O princípio da individualização da pena está desvirtuado. Com a missão de proporcionar um modo mais humanizado de produção do castigo, serve-se

mais como estratégia moderna de ocultação do caráter intrinsecamente irracional da violência punitiva. Números e equações são invocados como supostas garantias de legalidade e de segurança jurídica, mas o resultado final do cálculo é a mitificação de uma razão que não resiste à primeira “prova dos nove”. (MACHADO, 2009, p. 133).

A respeito da incoerência na aplicação da pena, Thums e Pacheco (2010, p. 97) afirmam o seguinte:

A lei exige quatro requisitos: primariedade, bons antecedentes, não dedicação às atividades criminosas e não integrar organização criminosa. Há algumas incoerências nas exigências, que são cumulativas. No caso de ser o agente preso em flagrante por conduta isolada, é impossível avaliar os dois últimos requisitos. Se for preso juntamente com um grupo (devem ser no mínimo três agentes) e se também foram presos pela primeira vez e a polícia não tem informações sobre a atuação dos agentes, não se pode presumir que se trata de pessoas que se dedicam a atividades criminosas (condutas no plural, isto é, não basta apenas uma).

Entendemos que os requisitos acima, embora apresentados cumulativamente, não impedem que o juiz, no caso concreto, aplique a minorante sem exigir a presença de todos.

3.2.2 Acórdãos de Habeas Corpus do STF

Em relação aos acórdãos do STF, não é possível fazer a mesma análise comparativa que foi feita com os julgados pelo STJ. Na busca por decisões com data de julgamento posterior a 1º de setembro de 2010 – data em que foi julgado o HC 97.256 – até a data 25 de novembro de 2011, e com publicação até 30 de novembro de 2011, foram encontrados 7 (sete) acórdãos de Habeas Corpus.

Os sete acórdãos encontrados foram os seguintes: HC 109.082/MS, HC 109.411/MS, HC 105.047/RS, HC 106.388/MG, HC 104.718/MG, HC 106.442/MG e HC 103.308/SP.

Desses acórdãos analisados, não foi concedida a conversão da pena em apenas um, devido à quantidade da pena fixada em 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 7 (sete) dias, acima de 4 (quatro) anos, limite máximo para substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Chama a atenção, entre os acórdãos da Suprema Corte, o julgamento do HC 105.047, em que se nota a flexibilidade em relação à quantidade de droga apreendida. O impetrante desse Habeas Corpus foi surpreendido com 35kg de maconha, quantidade que, em razão da análise dos acórdãos do STJ, acredita-se que poderia ser fundamento para justificar o indeferimento à conversão da pena por essa Corte, no entanto, o STF concedeu ordem para remover o óbice à conversão da pena, deferindo a substituição por medidas restritivas de direitos. Destaca-se em citação abaixo retirada do HC 105.047, o posicionamento dessa Corte:

O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto uma válida opção judiciária pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante movimenta-se com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas mais graves seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse cumulativo papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

Prova disso é que, no plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, se confere tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

[...]

Lembro que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que a simples alusão à gravidade em abstrato do delito ou o uso de expressões de mero apelo retórico – como no caso – não preenchem a finalidade do inciso IX do art. 93 da Constituição Federal de 1988. Caso em que não há nenhuma dúvida de que todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram favoráveis ao acusado. Pelo que não identifico na decisão impugnada o conteúdo mínimo da garantia da fundamentação real das decisões judiciais. Garantia constitucional que se lê na segunda parte do inciso LXI do art. 5º e na parte inicial do inciso IX do art. 93 da Constituição Federal e sem a qual não se viabiliza a ampla defesa nem se afere o dever do julgador de se manter equidistante das partes processuais em litígio. Noutro falar: garantia processual que submete o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o órgão jurisdicional a decidir neste ou naquele sentido.

O julgamento dos acórdãos encontrados do STF seguiu a mesma linha que permitiu o afastamento do óbice à conversão da pena, no julgado de 01/09/10. Para representar o posicionamento do STF, foram escolhidas outras citações abaixo:

Essa vedação apriorística de conversão da pena privativa de liberdade, por sanções restritivas de direitos, imposta **no art. 44 e no art. 33, § 4º**, ambos da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), **não pode** ser admitida, **eis** que se revela **manifestamente incompatível com o princípio da individualização da pena**, dentre **outros** postulados consagrados pela Constituição da República, **independentemente** da gravidade objetiva do delito.

[...]

O Poder Público, **especialmente** em sede penal, **não** pode agir **imoderadamente**, pois a atividade estatal, **ainda mais** em tema de liberdade individual, **acha-se** essencialmente **condicionada** pelo princípio da razoabilidade, que **traduz limitação material** à ação normativa do Poder Legislativo (HC 103.308, grifo do autor).

Atendidos os requisitos de índole subjetiva e os de caráter objetivo, **previstos** no art. 44 do CP, **torna-se viável** a substituição, por pena **restritiva** de direitos, da pena **privativa** de liberdade **imposta** aos condenados pela prática dos delitos **previstos** no art. 33, “caput” e § 1º, e arts. 34 a 37, **todos** da Lei n. 11.343/2006 (HC 106.442, grifo do autor).

Nessa linha, posicionam-se Thums e Pacheco (2010, p. 343): “[...] entendemos que não há razão para que o julgador fique adstrito ao rigor formal da norma, pois a letra fria da lei não pode ser superior a todos os mais basilares princípios e institutos jurídico-penais, ainda mais quando garantidos na Constituição Federal”.

3.3 Breves considerações

Congresso e Poder Jurídico andam, muitas vezes, em direções opostas. Enquanto o primeiro endurece as penas, o Judiciário, como no julgamento do HC, ameniza. O Congresso, caminhando na direção oposta ao respeito ao ordenamento jurídico, tem o entendimento de que endurecer as penas seria suficiente para o combate ao crime e incumbe ao Judiciário a responsabilidade de tratar o problema do tráfico como se fosse uma política pública. O aumento da pena não é política para redução dos crimes.

Sobre a pena, afirma Nilo Batista (2007, p. 100, grifo do autor):

A racionalidade da pena implica tenha ela um sentido compatível com o humano e suas cambiantes aspirações. A pena não pode, pois, exaurir-se num rito de expiação e opróbrio, não pode ser uma coerção puramente negativa. Isso não significa, de modo algum, questionar o caráter retributivo, timbre real e inegável da pena. Contudo, a pena que se detém na simples retributividade e, portanto, converte seu modo em seu fim, em nada se distingue da vingança.

Não se nega que o pequeno traficante tem um papel nessa rede, com implicações no que se considera problema social causado pelas drogas. Quem defende a dureza nas penas entende que o traficante menor também deve ser desestabilizado. Se ele vai ter a pena convertida em alternativa, que é forma mais branda, isso poderia dar a ele sensação de impunidade. No entanto, o benefício da substituição da pena só alcança o traficante uma vez. O reincidente poderá ser condenado como dado à atividade criminosa, caso em que não fará jus à benesse.

CONCLUSÃO

Diante de uma estratégia penal que foi fracionada – para o usuário, a advertência, a prestação de serviços à comunidade ou a medida educativa de comparecimento a programa ou a curso educativo; para o viciado e o pequeno traficante, a prisão, justificada no discurso simbólico do proibicionismo –, o pobre paga o preço da política proibicionista de drogas.

A criminalização da conduta estudada neste trabalho só é útil para selecionar, nas classes sociais baixas, pessoas vulneráveis, cujas ações não servem, acreditam os defensores dessa corrente, para o bem estar da sociedade. Selecionam para excluir quem já sofre com a exclusão social e econômica. Vítimas de um sistema repressivo, os *outsiders* (Becker, 2008) são taxados de perigosos e esse estigma os destaca dentre os cidadãos “comuns” na seleção pela agência policial. Por serem pobres, não têm condições de subornar os policiais subornáveis e viram estatística dentre os inúmeros encarcerados que lotam as prisões brasileiras.

Grande parte da população concorda e incentiva essa seleção opressiva pelos órgãos de controle na “caça” aos “bandidos”. Essa realidade dificulta a mudança desse pensamento e parece postergar o dia em que as pessoas terão consciência da ineficácia dessa política. Hoje acreditam que o incentivo a essa violência contra os escolhidos para sofrer o abuso do direito penal, com o consequente encarceramento em massa, pode proporcionar redução da criminalidade e da violência. As autoridades reconhecem que os crimes relacionados às drogas geram alto índice de violência, no entanto erram ao acreditar que o aumento da repressão é a solução. Ainda que seja difícil alterar essa realidade, indagações precisam ser feitas, sob pena de se manter uma política irracional, por inércia.

Hoje se reconhece, ao menos, a problemática da superlotação das prisões e os gastos decorrentes. Enquanto não houver investimento eficaz em educação e ações afirmativas, para propiciar maior inclusão social, deve-se, pelo menos, evitar a prisão de quem não fez uso de violência em suas ações e não representa um risco para o convívio em sociedade. Ao conceder sanções alternativas a essas pessoas, elas não deixarão de sofrer castigo pela prática da conduta ilícita, mas também não serão aprisionadas com quem foi condenado pela prática de ações mais graves, aprendendo com essas.

As penas privativas de liberdade devem ficar reservadas aos crimes de maior potencial ofensivo. Enquadrar o crime de tráfico eventual nessa categoria de crimes é exagero e extrapola a sanção necessária à reprimenda da conduta ilícita.

Os traficantes chefes, aqueles que comandam a rede de tráfico, dificilmente sofrem a sanção estatal pelas condutas que praticam. Eles detêm muito poder, às vezes estão ligados a autoridades e grandes políticos, conseguem subornar devido ao grande lucro que obtêm com a atividade ilícita. A prisão sobra para os pequenos traficantes, facilmente substituídos por outros.

Distingue-se o traficante que vive exclusivamente para a prática da traficância e de outros delitos (tais como homicídio, roubo, etc.) do traficante eventual, que pratica o ilícito em decorrência de sua situação econômica, que pode chegar à miséria absoluta, ou devido à sua dependência.

Nem sempre é muito nítida a fronteira entre o vício e o tráfico. A aplicação, para esses casos, de pena alternativa, possibilita uma atenuação dos excessos. Uma legislação mais dura não leva à prisão os principais traficantes. A maioria dos condenados por essa conduta são os pequenos traficantes, para os quais não devem incidir indiscriminadamente penas privativas de liberdade.

Não se considera suficiente deixar de punir o usuário ou, até mesmo, descriminalizar o consumo. Um modelo alternativo que descriminalizasse uso e venda, com a legalização controlada tanto da posse quanto do comércio de drogas, seria mais humano e racional. Para ser efetivo na redução dos riscos, haveria fiscalização pelo Estado, na mesma medida que dirige às drogas lícitas, como álcool e tabaco, com proibição de propaganda (em relação ao tabaco), investimento em prevenção, controle de qualidade das substâncias e estratégias de redução de danos. Essa proposta levaria tempo para ser implementada, mas poderia trazer resultados positivos, enquanto seria reduzida a violência associada ao tráfico.

As campanhas de prevenção devem esclarecer, de forma realista, os danos decorrentes do consumo de drogas e informar sobre tratamento, bem como sobre prevenção de doenças, o que reduziria os danos associados ao consumo.

A incapacidade do direito penal de lidar com a questão das drogas fica exposta em toda a sua ineficácia. Não é justo equiparar a conduta de uma pessoa que é uma parte reduzida de toda a estrutura do tráfico de drogas a uma conduta hedionda. Ao apostar na solução penal, perde-se a chance de ajudar quem precisa de tratamento, porque não tem boa relação com as drogas.

É necessário superar a ideia das substâncias psicoativas como um problema penal. Na realidade, deve-se superar a consideração do uso de drogas como um problema em si mesmo e, portanto, não deve ser tratado como uma questão a ser resolvida pelo direito. Apenas os casos problemáticos devem ser resolvidos, mas não pelo direito, e sim por profissionais da saúde.

Segundo Alves (2010), é importante desabilitar o poder das agências policiais, levando ao divórcio entre as drogas e o sistema penal. Apenas desabilitar a possibilidade de prisão para os usuários e manter o poder dos policiais para abordá-los, leva-os a conduzir ao sistema penal os usuários vítimas de estigma, a quem atribuem a categoria de traficantes.

Não se trata de ignorar ou diminuir a importância dos danos individuais, familiares e sociais que podem decorrer do uso problemático de drogas, mas não se deve desconsiderar a complexidade desse tema, que não pode ser resolvido simplesmente pela aplicação do direito penal como solução.

Carvalho (2010) considera legítima a limitação do direito às drogas, quando a conduta do usuário causa danos diretos a terceiros. O Estado poderia, assim, proibir o consumo de drogas em locais públicos e quando o usuário estiver conduzindo veículos e aeronaves. Não havendo potencialidade de externalizar lesão, a proibição excederia os limites da autonomia individual.

Com o advento da Lei n. 11.343/06, o usuário de drogas deixou de ter como previsão sancionadora a privação da liberdade. A Lei inovou nesse ponto, no entanto não foi um avanço, tendo em vista que, na prática, os usuários já não eram presos. Em relação à conduta do tráfico, por outro lado, a Lei foi ríspida, ao aumentar a pena mínima para cinco anos. Trouxe como benefício a previsão de redução da pena nos casos em que o agente é primário, de bons antecedentes, não se dedica às atividades criminosas, nem integra organização criminosa. No entanto, vedou a possibilidade de substituição das penas por restritivas de direitos.

Em que pese a obrigatoriedade de o regime inicial de cumprimento da pena ser o fechado aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n. 11.464/07, que deu nova redação ao § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, fica ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando aplicada a causa de diminuição da pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

No julgamento do HC 97.256/RS, em 2010, o plenário do STF, declarou a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”,

constante do § 4º do art. 33, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, do art. 44, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/06.

A concessão desse benefício visa justamente evitar o encarceramento de agentes primários e de bons antecedentes, que preenchem os requisitos necessários para o benefício.

Apesar da declaração de inconstitucionalidade, que possibilitou a análise do caso concreto pelos juízes para ponderar sobre a concessão de conversão da pena, em alguns casos, verificou-se que os aplicadores da lei ainda resistem à concessão. Houve julgamentos em que o benefício foi concedido, mas na sua maioria não, apesar de a maior parte dos acórdãos analisados ter como características a primariedade do réu, a pequena quantidade de substância encontrada, a cominação da pena abaixo de 4 (quatro) anos e a concessão da redução. Enfim, em casos em que o réu era primário, de bons antecedentes, em que a pena cominada foi fixada abaixo de 4 (quatro) anos, não havia indícios de que se dedicasse às atividades criminosas ou integrasse organização criminosa, não houve substituição da pena, sob o fundamento de que a natureza e a quantidade da substância não autorizavam o benefício.

Nesse sentido, fica evidente que, além dos legisladores criarem normas abusivas em relação aos pobres, típico da criminalização primária, esses ainda tem sua dignidade roubada com a criminalização secundária. Além da impossibilidade de fixação de pena mais branda, independentemente da quantidade de droga encontrada, para quem não é primário e que é taxado como quem se dedica às atividades criminosas ou integra organização criminosa, até os flagrados pela primeira vez portando substâncias psicoativas, que têm sua conduta interpretada como comércio e não porte para consumo próprio, ou seja, os débeis, têm dificuldade de ter fixada pena não privativa de liberdade.

Enquanto o uso e o comércio de drogas forem considerados crimes, os usuários ou viciados humildes, estigmatizados, continuarão sendo vistos como traficantes e os comerciantes eventuais continuarão a ser submetidos à coação que não traz resultado algum na redução do tráfico de drogas e da violência, ao contrário, traz danos e ofensa à dignidade já diminuída de pessoas excluídas na sociedade.

Um sistema que promete prover segurança e busca legitimação no aumento incontrolado do número de crimes e de perigos advindos desta criminalidade é fracassado.

Urge, portanto, o afastamento do sistema penal no tratamento da questão das drogas, as quais devem ser reguladas de forma racional, que possibilite um controle

comprometido com a dignidade e o bem-estar dos indivíduos e com a promoção da saúde pública, livres dos danos provenientes da intervenção penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Marcelo Mayora. **Entre a Cultura do Controle e o Controle Cultural**: Um Estudo sobre Práticas Tóxicas na Cidade de Porto Alegre. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Ed. 11. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. Ed. 2. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BECKER, Howard S. **Outsiders**: Estudos de Sociologia do desvio. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral 1. Ed. 15. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOITEUX, Luciana; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; VARGAS, Beatriz; BATISTA, Vanessa Oliveira; PRADO, Geraldo e JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. **Tráfico de Drogas e Constituição**, série Pensando o Direito, Ministério da Justiça/PNUD, Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Rio/Brasília, julho de 2009.

BOITEUX, Luciana. **A Nova Lei Antidrogas e o Aumento da Pena do Delito de Tráfico de Entorpecentes**. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), ano 14, n. 167, outubro 2006a, p. 8-9.

_____. **Controle Penal sobre as Drogas Ilícitas: O Impacto do Proibicionismo no Sistema Penal e na Sociedade**. São Paulo: 2006b.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 28 de novembro de 2011.

_____. **Decreto-Lei n. 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. (Código Penal). Brasília: Senado, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 28 de novembro de 2011.

_____. **Diário do Senado Federal**, de 7 de maio de 2002. P. 7389-7392.

_____. **Lei n. 6.368**, de 21 de outubro de 1976. Brasília: Senado, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm. Acesso em: 28 de novembro de 2011.

_____. **Lei n. 8.072**, de 25 de julho de 1990. Brasília: Senado, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em: 28 de novembro de 2011.

____. **Lei n. 9.714**, de 25 de novembro de 1998. Brasília: Senado, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9714.htm. Acesso em: 28 de novembro de 2011.

____. **Lei n. 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Brasília: Senado, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 28 de novembro de 2011.

____. **Lei n. 11.464**, de 28 de março de 2007. Brasília: Senado, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm. Acesso em: 28 de novembro de 2011.

____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Políticas sobre Drogas**. Institucional. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/senad/data/Pages/MJDAC53E8BITEMID68CF7C37CA764DC4B8C535599E3283C4PTBRNN.htm>. Acesso em: 30 de outubro de 2011.

____. **Projeto de Lei do Senado n. 115/2002**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=50227. Acesso em: 30 de outubro de 2011.

____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 97.256/RS, julgado em 1 de setembro de 2010. Rel. Min. Ayres Britto. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 1 de novembro de 2011.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil** (Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **Nova Lei de Drogas Comentada**: Artigo por Artigo – À Luz da Lei n. 11.343/2006. Leme, Editora Cronus, 2009. (Leme/SP).

FILHO, Vicente Greco e RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada**: Lei 11.343/2006. Ed. 3. São Paulo: Saraiva, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: História da Violência nas Prisões. Ed. 37. Petrópolis: Vozes, 1997.

FRADE, Laura. **Quem mandamos para a prisão?** Visões do Parlamento Brasileiro sobre a Criminalidade. Brasília: Líber Livro Editora, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006/ Luiz Flávio Gomes [et al.]; Luiz Flávio Gomes coordenação. 3 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Outros autores: Alice Bianchini, Rogério Sanches Cunha, William Terra de Oliveira.

KARAM, Maria Lucia. **A Lei n.11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo**. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), ano 14, n. 167, outubro, 2006, p. 6-7.

_____. **Drogas e Redução de Danos.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) – 64 – janeiro – fevereiro – 2007 – ano 15. Editora Revista dos Tribunais, p. 128-144.

MACHADO, Vinicius da Silva. **Entre Números, Cálculos e Humanidade: O Princípio Constitucional da Individualização da Pena e o Mito da Punição Humanizada.** Brasília, 2009.

MARONNA, Cristiano Avila. **Nova Lei de Drogas: Retrocesso Travestido de Avanço.** In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), ano 14, n. 167, outubro, 2006, p. 4.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Atuação de Ofício em Grau Recursal.** São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral, V. 1.** Ed. 22. São Paulo: Atlas, 2005.

NIVEN, Rodrigo Mac. **Cortina de Fumaça.** Co-Produção de J-R Mac Niven Produções e Tva2 Produções, direção de Rodrigo Mac Niven. Rio de Janeiro, 2010. Duração: 88 min.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial.** Ed. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** Ed. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória.** Ed. 6. Salvador: Jus Podivm, 2011.

SILVA, Rafael Damasceno Ferreira e. **A Lei n. 11.343/06 e a Nova Política de Drogas no Brasil.** In: Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, 51, 31/03/2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/4852.pdf>. Acesso em: 30/10/2011.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à Lei Antidrogas (11.343/06): Pós-Reformas do CPP.** Doutrina e Jurisprudência pós-reformas de 2008. Coordenação: Rodrigo Klippel. Coleção “Legislações Extravagantes”. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

TAFFARELLO, Rogério F. **Nova (?) Política Criminal de Drogas: Primeiras Impressões.** In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), ano 14, n. 167, outubro, 2006, p. 2-3.

THUMS, Gilberto. PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas: Crimes, Investigação e Processo.** 3 Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

VARGAS, Beatriz. **A Ilusão do Proibicionismo: Estudo sobre a Criminalização Secundária do Tráfico de Drogas no Distrito Federal.** Brasília, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas: a Perda de Legitimidade do Sistema Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. V. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. V. 1. Ed. 8. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.