



os recursos anteriores empregados ou nos casos em que houver iminente risco de vida do dependendo ou de terceiro. (suicídio, abortamento, portador de esquizofrenia ou outra doença psiquiátrica). Logo, na atual legislação em vigência, a internação compulsória é medida extrema e adotada excepcionalmente, e que para tanto exige avaliação de uma junta médica, com avaliação de caso a caso, estabelecendo-se primordialmente uma política de saúde pública de prevenção e tratamento terapêutico.

Além disso, os defensores da imediata internação compulsória, partidários do PL 7.663/2010, afirmam que o consumo de drogas aumentou consideravelmente a criminalidade no país inteiro. E, ainda, que são poucos os resultados das ações de prevenção ao uso das drogas, trazendo ao debate argumentos que se adéquam mais ao planejamento de uma política de segurança pública. Ademais, tal proposta apresenta uma abordagem ideológica semelhante ao modelo higienista, que foi empregada no início do século passado, na cidade do Rio de Janeiro, com o fim de afastar a população pobre e negra da cidade, principalmente, os vulneráveis.

Desta forma, criou-se no imaginário popular a ideia equivocada de que o Brasil está disseminado pela epidemia do uso do crack, mas o que existe, na realidade, é o uso desta droga em pontos específicos que pode ser combatido com atendimento na rua por profissionais habilitados e não com o recolhimento forçado do dependente. Ademais, os estudos desenvolvidos em centros de pesquisa de várias partes do mundo demonstram que a maioria das pessoas submetidas a tratamento para se livrar das drogas, apenas o percentual de 30% destas conseguem deixar a dependência. Contudo, o acompanhamento dos casos comprova ser imprescindível, além da vontade própria do viciado, também o tratamento específico e o esforço da equipe. Por isso, segue a oportuna reflexão: a internação compulsória seria uma resposta e eficaz e eficiente para solução do problema?

Na verdade, compete ao Poder Público providenciar ao viciado sem burocracias a viabilidade de imediato tratamento de drogas em rede pública, com incentivo à terapia individual e nas campanhas de prevenção, já que o único caminho possível é da reabilitação dos dependentes. Esta política de saúde pública adotada poderá evitar que o usuário em estágio inicial se torne um escravo do próprio vício, onde seu



médico é o traficante, seu remédio é a droga e sua casa é a rua; além de impedir o seu abandono social.

Por outro lado, a descriminalização do consumo é uma medida que já vem sendo adotada pela maior parte dos países ocidentais.<sup>34</sup> No Brasil, a descriminalização do consumo já é defendida até mesmo por várias autoridades, como ex-ministros da Justiça dos governos Fernando Henrique Cardoso (inclusive ele próprio) e Lula.<sup>35</sup> Caso não se proceda à descriminalização do porte para consumo próprio permanecerá aberto o caminho para a criminalização da pobreza, a partir da seletividade do sistema penal. Na concreta atuação do poder punitivo, um sujeito pobre flagrado com dez gramas de cocaína é considerado traficante, ao passo que um sujeito de classe média ou alta flagrado com a mesma quantidade é considerado usuário. Assim, desde a visão político criminal de redução de danos, a descriminalização do consumo é medida que contribuirá para se atacar o problema principal, que é interromper a guerra às drogas e o seu combate militarizado, por meio de tanques, armas, fuzis e helicópteros. Além de ser medida imposta para além de salvarmos vidas humanas, ou melhor, para que o Estado brasileiro cesse a política de extermínio e encarceramento da juventude pobre de nosso país.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de descriminalizar o porte de pequena quantidade de droga para consumo pessoal. Nesse contexto, o ministro Luís Roberto Barroso concedeu liminar para suspender ação penal ao conceder medida cautelar em *Habeas Corpus*,<sup>36</sup> impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de um homem preso por importar 14 sementes de maconha, no qual o impetrante sustenta que as sementes de maconha apreendidas “não podem ser consideradas matéria prima ou insumo destinado à preparação da droga, vez que delas não se extrai substância com efeitos entorpecentes, não caracterizando o delito previsto no art. 33, § 1º, da Lei de Drogas”.<sup>37</sup> Na decisão, o ministro Luís Roberto Barroso destaca que o Plenário do STF

<sup>34</sup> Portugal, Holanda, Uruguai.

<sup>35</sup> Os ex-ministros Tarso Genro, Márcio Thomaz Bastos, Aloysio Nunes, Miguel Reale Júnior, José Carlos Dias, Nelson Jobim e José Gregori.

<sup>36</sup> STF, Habeas Corpus 143.798/SP. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Decisão 18/05/2018.

<sup>37</sup> Idem.



discute a constitucionalidade da criminalização do porte de pequenas quantidades de entorpecente para uso pessoal, no Recurso Extraordinário 635659<sup>38</sup> com repercussão geral, estabelecendo a posse para consumo próprio de até 25 gramas de *cannabis*, que afastaria a tipificação do tráfico de drogas. No tocante ao cultivo de pequenas quantidades o limite proposto é de 6 plantas fêmeas. Este julgamento foi suspenso por pedido de vista havendo, até o momento, três votos proferidos pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, que ainda criminaliza o porte de drogas para consumo pessoal.<sup>39</sup>

Observe-se que o critério utilizado para determinar a tipificação do tráfico (artigo 33)<sup>40</sup> ou do consumo próprio (artigo 28) permite todo o tipo de arbitrariedades,

<sup>38</sup> STF, Recurso Extraordinário 635659, Relator Ministro Gilmar Mendes, Julgamento iniciado em 28/08/2018 e suspenso 10/09/2015.

<sup>39</sup> O Ministro Luís Barroso destaca em seu voto de julgamento do referido RE, as razões práticas e também jurídicas pelas quais se reconhece o fracasso da atual política de drogas, o alto custo do encarceramento e os prejuízos da política de proibição para a saúde pública no Brasil. Por outro lado, argumenta que, juridicamente, a proibição fere o direito à privacidade, à autonomia individual e causa desproporcionalidade entre a severidade da punição e a conduta, que não afeta a esfera jurídica de terceiros. Dessa forma, ressalta as razões pragmáticas pelas quais a descriminalização do consumo é uma alternativa muito melhor: os males causados pela política atual de drogas têm superado largamente os seus benefícios. A forte repressão penal e a criminalização do consumo têm produzido consequências mais negativas sobre a sociedade e, particularmente, sobre as comunidades mais pobres do que aquelas produzidas pelas drogas sobre os seus usuários. STF, Recurso Extraordinário 635659, Relator Ministro Gilmar Mendes. Iniciado o julgamento em 28/08/2018, após os votos do Relator e dos Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin pela inconstitucionalidade do artigo 28, o julgamento foi suspenso em 10/09/2015 por pedido de vista do Ministro Teori Zavascki. <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI226686,81042-Ministros+Fachin+e+Barroso+votam+pele+descriminalizacao+do+porte+de> acesso em 21.11. 2018.

<sup>40</sup> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

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

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

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



sobretudo, porque esta análise está propensa à construção do estereótipo criminal, na medida em que o juiz atentará além da quantidade da droga, para as circunstâncias sociais e pessoais, bem como, para a conduta e os antecedentes criminais. Desse modo, certos indivíduos estarão sempre mais propensos a serem eleitos pelo tipo penal do tráfico, em função de sua condição social, inserida em substratos mais baixos da população, portanto, são mais vulneráveis à captura seletiva da polícia e dos magistrados.<sup>41</sup> Segundo o artigo 28, § 2º da Lei de Drogas, para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Embora o dispositivo em comento seja destinado ao juiz, sabe-se que o exercício inicial da criminalização passa pelo crivo policial. As guias normativas definem, pois, os critérios de interpretação dos agentes policiais e, posteriormente, judiciais. Logicamente, conforme se apresenta na estrutura da persecução criminal brasileira, o primeiro filtro sempre será do policial, pois é quem avaliará se o sujeito ao portar a droga (art. 28), o conduz com intuito de consumo pessoal (elemento subjetivo especial do tipo) ou para o tráfico. (art. 33).

Ressalte-se não ser necessária base criminológica em perspectiva crítica para perceber que os referidos dispositivos legais, ao invés de definirem precisamente critérios de imputação, proliferam determinadas imagens e representações sociais de quem são, onde vivem e onde circulam os *traficantes* e os *consumidores*. Os estereótipos

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI nº 4.274)

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)/ Acesso em 21/11/2018.

<sup>41</sup> ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 19-20.





do “elemento suspeito” ou da “atitude suspeita” acabam por definir os mecanismos de interpretação que, no exercício do poder de polícia, determinará oportunamente o grupo social a ser atingido com as midiáticas operações policiais. Nesse sentido, Vera Malaguti Batista afirma que, para os consumidores de cocaína de classe média aplica-se o estereótipo médico, mas ao jovem pobre aplica-se o estereótipo criminal, como a seguir detalha: “Este quadro propiciou um colossal processo de criminalização de jovens pobres que hoje superlotam os sistemas de atendimento aos adolescentes infratores.”<sup>42</sup>

Destaque-se que a transcrição dos dispositivos em relação às cinco *condutas objetivas* idênticas (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo) impõem consequências jurídicas radicalmente diversas. O enquadramento no artigo 28 da Lei de Drogas submete o infrator às penas restritivas de direito (admoestação verbal, prestação de serviços e medida educativa); a imputação do artigo 33 da Lei 11.343/06 impõe regime carcerário com pena privativa de liberdade variável entre 5 (cinco) e 15 (quinze) anos. Portanto, é fundamental que numa proposta de revisão do texto legal quanto às drogas, que o legislador venha estabelecer um critério objetivo de quantidade, estabelecendo uma quantidade formadora de presunção relativa, para o porte de cada espécie de drogas, a fim de que se possa *servir de parâmetro do caráter* de quem conduz consigo a droga. Outros países assim o fizeram, variando numa escala de 20g de maconha até 200g da mesma droga.<sup>43</sup>

Por outro lado, o atual sistema brasileiro da Lei 11.343/2006 estabelece o tipo penal do tráfico como aberto, impondo penas desproporcionais, além de não distinguir as diversas categorias de comerciantes de drogas que se encontram caracterizados na realidade social brasileira. Além disso, aos casos de comércio de drogas, o legislador estabeleceu o regime penal extremamente rigoroso e desproporcional, não apenas pela quantidade de pena aplicável – note-se, que a pena prevista para o tráfico varia entre 05 e 15 anos de reclusão enquanto a pena cominada ao

<sup>42</sup> BATISTA, Vera Malaguti. Díficeis ganhos fáceis – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 134/135.

<sup>43</sup> /www.conjur.com.br/2016-nov-04/nucci-nao-nada-comemorar-10-anos-lei-drogas/



estupro é modulada entre 06 e 10 anos de reclusão (art. 213, *caput*, do Código Penal) e a do homicídio simples entre 06 e 20 anos de reclusão (art. 121, *caput*, do Código Penal) –, mas, sobretudo, pela sua equiparação constitucional aos crimes hediondos. Como se sabe, o *status* “hediondo” impõe um regime jurídico diferenciado no processo de instrução (prisão preventiva, fiança)<sup>44</sup> e no de execução penal (regime inicial de cumprimento de pena, progressão de regime, livramento condicional, indulto), mas que foram alterados pelo STF.<sup>45</sup> Ainda, para o traficante financiador a Lei 11.343/2006 estabelece que a pena atinge 20 anos de prisão e o pagamento de multa de 1.500 a 4.000 dias-multa.

Em suma, a estrutura da Lei 11.343/2006 acaba gerando insegurança jurídica pelos vícios de legalidade (tipos abertos) na descrição das condutas nos seus dispositivos, já que, como ficou estabelecido pelo legislador, não se determinou parâmetros para identificar quais as condutas previstas (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo), que tanto podem se esquadrear no consumo pessoal como no tráfico. Ressalte-se, o que deveria fazer essa diferenciação é o elemento subjetivo do tipo, o dolo. No artigo 28, “para uso pessoal” é o elemento subjetivo especial do tipo, que antigamente se chamava de dolo específico. Entretanto, o artigo 33 não possui nenhuma indicação do elemento subjetivo “para fins de comércio”, havendo apenas uma presunção. Assim, a mesma conduta de guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo bastará para a imputação do artigo 33, a tipicidade do tráfico, desde que a finalidade não seja para consumo pessoal.

Neste diapasão, o vício de legalidade pode ser identificado relativamente à conduta de “*entregar a consumo ou fornecer drogas ainda que gratuitamente*”, prevista no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06. Apesar de o § 3º do art. 33 prever pena de 06 meses

<sup>44</sup> Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu parcialmente Habeas Corpus para que um homem preso em flagrante por tráfico de drogas par responder o processo em liberdade. Nesse sentido, a maioria dos ministros da Corte declarou a inconstitucionalidade de parte do artigo 44 da Lei 11.343/2006, que proibia a concessão de liberdade provisória nos casos de tráfico de entorpecentes. (STF. RE 1.038.925/SP. Tribunal Pleno. Relator Min. Gilmar Mendes (STF - HC: 104339 SP, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 10/05/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 05-12-2012 PUBLIC 06-12-2012).

<sup>45</sup> Vide Súmula Vinculante 26.



a 01 ano às situações de “consumo compartilhado” – *“oferecer droga, eventualmente sem objetivo de lucro, a pessoa do seu relacionamento, para juntos a consumirem”* –, a hipótese narrada no *caput* introduz, como figura paritária ao tráfico (internacional e doméstico), uma conduta sem qualquer intuito de comércio. Por isso, se a entrega a consumo ou se o fornecimento da droga for destinado a uma pessoa, que não seja do relacionamento do autor do fato ou mesmo sendo do seu círculo não tiver como objetivo o consumo conjunto, haverá incidência do crime equiparado a hediondos. Da mesma forma, a conduta de plantar maconha mesmo que seja para experimentação ou consumo do agente, sem que fique esclarecida a sua quantidade, figura esta que não está prevista na Lei, tem levado a vários equívocos de criminalização por tráfico ilícito de entorpecentes.

Também, de modo equivocado, o referido diploma penal apresenta a novidade legislativa, com a punição do indivíduo que oferece droga à pessoa de seu relacionamento, impondo pena privativa de liberdade de 6 meses a 1 ano e pagamento de multa de 700 a 1.500 dias-multa. Cabe ressaltar, a pena pode ainda aumentar, de 1/6 a 2/3, nos casos de transnacionalidade do delito, quando relacionada à função pública, educativa e familiar; em estabelecimentos prisionais, hospitalares, educativos, culturais, sociais, esportivos, militares, policiais, de transportes públicos; com violência, grave ameaça, intimidação coletiva emprego de arma de fogo, tráfico entre estados; para atingir criança, adolescente ou pessoa com reduzida capacidade de entendimento; para custear o crime.

Ademais, a pena poderá ficar ainda maior no caso da associação de duas ou mais pessoas, com pena privativa de liberdade de 3 a 10 anos e pagamento de multa de 700 a 1.200 dias-multa. Divergindo, portanto, do artigo 288 do Código Penal (associação de 4 pessoas e prisão de 1 a 3 anos); do artigo 8 da Lei de Crimes Hediondos (associação de 4 pessoas e prisão de 3 a 6 anos); e do entendimento do Supremo Tribunal Federal (associação de 2 pessoas e pena de prisão de 3 a 6 anos). Entretanto, essa associação (para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, § 1º, e 34 da Lei nº 11.343/06), tem algumas peculiaridades técnicas. Trata-se de crime de concurso necessário, em que a associação



pressupõe um vínculo associativo, estável e permanente entre 02 (duas) pessoas, o qual necessita nos moldes do entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, segundo a interpretação do revogado art. 14 da Lei nº 6.368/76, da estabilidade e/ou permanência da associação.

Portanto, basta um exame perfunctório sobre o tema para se constatar que em mais de 95% dos casos de associação para o tráfico não há uma investigação sobre o fato, tratando-se apenas de uma simples coautoria. Ao revés, as acusações costumam estar baseadas apenas em transcrições subjetivas da autoridade policial de escutas telefônicas e do auto de prisão em flagrante, imputando aos réus, que muitas vezes sequer possuem anotações em suas folhas de antecedentes criminais, a figura da associação criminosa (artigo 35 da Lei nº 11.343/06) ou de uma suposta organização criminosa, para certamente tipificar o delito do tráfico de drogas, impedindo a diminuição da pena, por força do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, para efeito da aplicação de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, na forma do artigo 44 do Código Penal.

Por estas razões, é indispensável que o legislador, no caso de revisão da Lei 11.343/2006, venha determinar um parâmetro, ou seja, o critério objetivo para formação de uma presunção relativa, servindo de limite ou base a fim de fundamentar a aplicação da causa de diminuição. Ademais, é de extrema relevância retirar a expressão “não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa” do artigo 33, parágrafo 4º<sup>46</sup>, pois, da forma como está inserido no texto atual, da Lei 11.343/2006, tem-

---

<sup>46</sup> “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. Observe-se que em virtude do julgamento proferido pelo STF, considerou-se a vedação anterior inconstitucional de não aplicação de penas restritivas de direitos no crime de tráfico. Além disso, o Pretório Excelso autorizou a aplicação de qualquer regime para o traficante, embora a maioria fixe, sempre, o fechado. O STF autorizou o uso de penas alternativas, dentro do perfil estabelecido pelo artigo 44 do Código Penal, embora a maioria imponha pena privativa de liberdade. O Supremo Tribunal Federal autorizou a liberdade provisória para traficantes, quando preenchidos os requisitos para tanto, mas a maioria decreta ou mantém a prisão provisória. Súmula Vinculante 26: *Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo*





se dado margem a interpretações elásticas, a ponto de considerar que qualquer acusado enquadrado no artigo 33 seja traficante dedicado a atividades criminosas. Dessa forma, se o sujeito é primário e com bons antecedentes, a regra deve ser que ele não se dedique à vida criminosa, aplicando-se a redução da pena do tráfico privilegiado. Porém, se o indivíduo é integrante de “*organização criminosa*”, aplica-se o rigor da Lei 12.850/2013.

Além dos vácuos de legalidades apresentados na Lei 11.343/2006, a criminalização do tráfico de droga e afins não protege bem jurídico algum, propiciando vícios de inconstitucionalidades. A alegação de que sua criminalização tutelaria a saúde pública constitui um simples pretexto para legitimar uma escolha político-criminal irracional, violenta e absolutamente fracassada do ponto de vista material e humano.

Conforme é sustentado pela doutrina, o bem jurídico protegido nos crimes de tráfico de droga e afins é a saúde pública, visto que o consumo de substâncias psicoativas, em princípio, prejudicaria a saúde pública. Basicamente, a preocupação do legislador é tutelar o dano causado à saúde do consumidor pelo uso das drogas. Logo, para a existência do delito, não haveria a necessidade de ocorrência do dano. O próprio perigo é presumido em caráter absoluto, bastando para a configuração do delito que a conduta seja subsumida num dos verbos previstos no artigo 33 da Lei 11,343/2006. Entretanto, esta formulação carece de fundamentação. Vejamos:

Em primeiro, a proibição indiscriminada acaba por inviabilizar a realização de um controle oficial mínimo sobre a qualidade da droga produzida e consumida, inclusive porque as autoridades sanitárias nada podem fazer a esse respeito, em razão da sua clandestinidade. Por outro lado, os consumidores não têm, em geral, informação suficiente sobre os efeitos nocivos das substâncias psicoativas, já que não são implementadas pelo Estado políticas públicas de prevenção, com palestras educativas e outros recursos, para tratar sobre o tema. Ademais, o sistema de saúde (hospitais, médicos, planos de saúde etc.) não tem a menor capacidade para atender aos usuários e

---

determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271> Acesso em 21/11/2018.



dependentes. Finalmente, o próprio usuário é ainda tratado como criminoso pela polícia, estando sujeito à ameaça de penas restritivas de direitos e outras violências.

Por outro lado, não são as drogas que geram a violência e criminalidade, e nem os consumidores são responsáveis pela violência dos 'traficantes'. "Consumidores são responsáveis apenas pela existência do mercado, como o são os consumidores de quaisquer produtos. O responsável pela violência é o Estado, que cria ilegalidade e, conseqüentemente, gera a criminalidade e violência".<sup>47</sup>

É extraordinário que a política criminal contra as drogas pretenda resguardar a saúde pública e mate mais do que as próprias drogas. Se o direito busca proteger a saúde pública, como explicar que a violência criada pelo combate ao crime de tráfico no Rio de Janeiro mate mais que a guerra da Síria, ficando a frente da guerra de Bush contra o Iraque? Mais contraditório ainda é querer incriminar a preparação, produção, venda de substâncias ilícitas, sabendo que o álcool e o fumo, que são chamadas de drogas lícitas causam resultados muito mais lesivos. Segundo dados expostos pela OMS entre os fatores de risco de se adquirir doenças evitáveis, o tabaco figura em quarto lugar, seguido pelo álcool, em quinto. Cigarros e bebidas alcoólicas contribuíram com 4,1% e 4%, respectivamente, para as causas de doença em 2000, enquanto substâncias ilícitas foram associadas a 0,8%.<sup>48</sup>

Logo, não existe por parte do Estado uma preocupação com a saúde pública. Ao contrário. Caso houvesse, a política criminal adequada não seria a criminalização da produção e consumo de droga, mas sua legalização pura e simples, à semelhança do que se passa com as drogas lícitas, mesmo porque a distinção entre umas e outras é uma questão absolutamente arbitrária. Nesse sentido, Salo de Carvalho<sup>49</sup> realizou o estudo sistemático criminológico e dogmático sobre a política criminal de drogas no Brasil, a que alude como "instrumento de diagnóstico e prognóstico das políticas criminais no

<sup>47</sup>KARAM, Maria Lúcia, Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 41.

<sup>48</sup> ZACCONE Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: Quem são os traficantes de droga*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 38.

<sup>49</sup> SALO, Carvalho. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2.



campo das toxicomanias, ou seja, das ações repressivas e/ou preventivas realizadas pelas agências formais de controle”. A criminologia crítica – que substitui a pergunta de “por que as pessoas usam drogas”, pelo questionamento a respeito de “por que determinadas substâncias que produzem dependência física ou psíquica são consideradas lícitas e outras ilícitas” – serviu de *lupa criminológica*, com o objetivo de “redimensionar a relação entre as esferas criminais (dogmática penal, dogmática processual penal e política criminal), gestando discursos de integração entre os ramos penais e destes saberes com as demais ciências”.<sup>50</sup>

Como já ressaltado anteriormente, o caminho sensato para tratar sobre o tema das drogas não seria como caso de polícia ou do âmbito da justiça criminal, mas sob a esfera da saúde pública. Até porque cabe ao indivíduo, sujeito de direitos e deveres, decidir sobre o que ou não consumir. E o que não pode ser proibido pela via direta, o consumo de droga, não pode ser vedado pela via indireta, ou seja, a produção e comercialização dela.

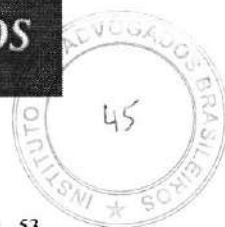
Ademais, nesta Lei 11.343/2006, o tipo de tráfico de drogas expressa condutas abstratas ou apenas presumivelmente perigosas sem que fiquem comprovadas as situações concretas de perigo para a aplicação da pena privativa de liberdade. Logo, o essencial não é o resultado, o delito consumado. Define Johannes Wessels o perigo concreto segundo o qual, para o aperfeiçoamento do tipo, é exigida a verificação efetiva do perigo, devendo este ser constatado caso a caso<sup>51</sup>, ressaltando que essencialmente ele se baseia num comportamento contrário a norma e que será punido assim que se apresente de modo palpável. O delito de perigo abstrato baseia-se numa presunção de que determinados comportamentos são perigosos para o bem jurídico protegido, havendo, assim, somente uma possibilidade de perigo.<sup>52</sup>

Logo, manter a tipicidade de condutas que sequer possa causar perigo algum ao bem jurídico alheio protegido viola o princípio da intervenção mínima, da lesividade

<sup>50</sup> Idem.

<sup>51</sup> WESSELS, Johannes. *Direito penal*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFE, 1976, p. 8/9.

<sup>52</sup> Idem, *Ibidem*



e, sobretudo, da ofensividade, por não se chegar a colocar em perigo o valor tutelado<sup>53</sup>, e da mesma forma não há proporcionalidade ao incriminar essas condutas. Nesse sentido, Claus Roxin revigora o conceito de bem jurídico a partir de uma política criminal baseada nos ditames da Constituição Federal, como ressalva ao poder de punir. Sustenta, ainda, que o conceito de bem jurídico não pode ser separado do pressuposto de liberdade que cerca o indivíduo e, por isso, conclui que é necessário impedir criminalizações que, em verdade, afetem postulados constitucionais, tais como a liberdade e autonomia do indivíduo.<sup>54</sup>

Finalmente, a concepção do bem jurídico desenvolvida pelo jurista alemão Winfried Hassemer se apresenta como uma contribuição particular à teoria do delito. Segundo o professor de Frankfurt, a ideia de proteção do bem jurídico é um limite à política criminal, na medida em que somente pode ser objeto de lei penal bens palpáveis, concretos e delimitáveis, exigindo que o bem jurídico *seja solidamente descrito* com precisão e deva guardar estrita relação com a pessoa humana.<sup>55</sup>

A formulação proposta por Hassemer também engloba a estrutura dos delitos que atinjam a coletividade desde que se possa proceder à redução do bem jurídico e *que ele funcionalize a partir da possibilidade de servir a interesses dos seres humanos*.<sup>56</sup> Assim, a partir do conceito de bem jurídico como objeto real, relacionado à pessoa, condiciona-se a validade da norma e subordina-se sua eficácia à demonstração de lesão ou colocação em risco do bem jurídico, o qual passa a ser um elemento primário da estrutura do tipo. Nesse contexto, a tipicidade deixa de ser uma mera subsunção da norma ao fato e passa a abarcar um conflito de elevada relevância social.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 111.

<sup>54</sup> Idem, *Ibidem*.

<sup>55</sup> HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico*. In: GRECO, Luiz e Tórtima, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 22.

<sup>56</sup> Idem, *Ibidem*.

<sup>57</sup> TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: O que se desvenda a partir da presunção de evidência*. p. 11. <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5/Juarez-Tavarez.pdf> Acesso em 21.11.2018





Dessa perspectiva, ao Direito Penal somente interessam os conflitos que não são solucionáveis por outras esferas de controle, por exemplo, o caso de furto em que é possível a composição do conflito pelo direito civil ou por meio de um acordo entre as partes, deixando de ser um fato típico. Assim, pode-se entender que o bem jurídico-penal é colocado em perigo apenas quando o conflito social manifesto no crime não tiver outra solução que não pela intervenção jurídico-penal.<sup>58</sup>

Tal posicionamento pode ser estendido a toda espécie de delito, já que sempre haverá a necessidade da lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, inclusive para os crimes de perigo abstrato. Por isso, defende que a construção segundo a qual a exposição do bem jurídico ao perigo é o critério de avaliação da relevância penal, propondo, assim, uma espécie de construção material dos delitos de perigo abstrato.<sup>59</sup> É exatamente o caso do tráfico de drogas que não tenha o potencial para lesionar de forma efetiva a saúde da pessoa concreta e muito menos possa afetar o direito de outrem. Nessa situação não se justifica a intervenção do direito penal na esfera de liberdade da pessoa, existindo formas mais brandas de solução do conflito.

Como já assinalado anteriormente, o sistema brasileiro da Lei 11.343/2006 estabelece o tipo penal do tráfico como aberto, impondo penas desproporcionais, porquanto o aumento das penas em abstrato do delito de tráfico de drogas é superior a outros delitos de maior gravidade, mesmo aqueles praticados mediante violência e, conseqüentemente, mostrando ser mais rigorosamente apenado do que crimes como estupro e corrupção passiva e até o homicídio. Além do mais, no delito de tráfico de drogas, o aumento das penas ocorreu de forma mais consistente no tempo da história legislativa, e mais acentuado do que em todos os demais crimes analisados, incluindo alguns associados à violência geral e à sensação de insegurança na sociedade, como homicídio e estupro. Da mesma forma, teve maior aumento de pena do que o crime de corrupção passiva, em que deveria haver uma preocupação maior da sociedade com a

<sup>58</sup> HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico*. In: GRECO, Luiz e Tórtima, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 22.

<sup>59</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato* – 3 ed rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.



moralidade, transparência e um controle dos agentes públicos, além de ser, em tese, potencialmente mais danoso para a sociedade, visto que os resultados poderiam ser muito mais desastrosos de longo prazo nas políticas públicas em geral e na atividade fiscalizadora do Estado.

Essa constatação descrita apresenta fundamento no teste de adequação imposto às normas penais com base no princípio da proporcionalidade.<sup>60</sup> A análise comparativa das normas penais incriminadoras para condutas relacionadas a drogas em comparação a outros delitos mostra que não há um critério ou parâmetro identificável na edição da Lei 11.343/2006. O excesso de gravidade normativa dada ao crime de tráfico de drogas contrasta com a pouca relevância normativa vislumbrada com relação aos outros crimes, que mais geram danos sociais em concretos, com vítimas diretas atacadas nos seus direitos e bens jurídicos (como no homicídio e no estupro), ou com outras mais numerosas e diversificadas, no tempo e no espaço (como na corrupção).<sup>61</sup>

Dessa forma, a essa inadequação normativa dos crimes previstos na Lei 11.343/2006, especialmente do tráfico de drogas – isto é, desproporcionalidade em seu aspecto abstrato – se liga a análise da desproporcionalidade em seu contexto mais concreto, gerando enormes custos financeiros e humanos criados com a aplicação da atual legislação. É relevante verificar como essa política apresenta impacto no sistema penitenciário brasileiro, ou seja, se a aplicação na prática das penas cominadas é, ou não, proporcional concretamente. Para tanto, deve ser verificado, em primeiro lugar, o impacto das condenações por tráfico na realidade das instituições carcerárias brasileiras.<sup>62</sup>

Nesse contexto, é certo admitir que essas aberturas (lacunas ou vazios de legalidade e inconstitucionalidades) e os excessos apresentados por se empregar uma “política criminal com derramamento de sangue”, inegavelmente, ativam a máquina

<sup>60</sup> BOITEUX, Luciana e PÁDUA João Pedro. *A DESPROPORCIONALIDADE DA LEI DE DROGAS: OS CUSTOS HUMANOS E ECONÔMICOS DA ATUAL POLÍTICA NO BRASIL*. [http://cgov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a\\_desproporcionalidade\\_da\\_lei\\_de\\_drogas\\_os\\_custos\\_humanos\\_e.pdf](http://cgov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_desproporcionalidade_da_lei_de_drogas_os_custos_humanos_e.pdf)/ Acesso em 20/11/2018.

<sup>61</sup> Idem, p. 4/6.

<sup>62</sup> Idem, p. 8/11.



persecutória, habilitando as agências punitivas aos processos de criminalização que, na atualidade, refletem no cenário nacional de hiperencarceramento, diante dos assustadores índices, consequência da política criminal bélica. O Brasil é o terceiro país com maior número de pessoas presas, atrás dos Estados Unidos e China. O total de pessoas encarceradas no Brasil chegou a 726.712 em junho de 2016. Houve um crescimento de mais de 104 mil pessoas desde dezembro de 2014. Cerca de 40% são presos provisórios, ou seja, ainda não possuem condenação judicial. Mais da metade dessa população é de jovens de 18 a 29 anos, sendo cerca de 70% negros. Os crimes relacionados ao tráfico de drogas são os que mais levam pessoas às prisões, mais de 30% da população carcerária total enquanto o homicídio representa 11% dos crimes que causaram a prisão<sup>63</sup>.

Por outro lado, a Diretoria de Estudo e Pesquisas de Acesso à Justiça da Defensoria Pública da (DPRJ) apresentou em 27/02/2018 um estudo de pesquisa “Tráfico e Sentenças Judiciais – Uma Análise das Justificativas na Aplicação de Lei de Drogas no Rio de Janeiro”, coordenada por Carolina Haber. A pesquisa teve como objetivo verificar o tratamento conferido pelo sistema de Justiça às pessoas acusadas por esses crimes, tendo em vista o aumento expressivo da população carcerária após a entrada em vigor da Lei de Drogas, em 2006. A pesquisa identificou as 14 justificativas mais utilizadas pelos juízes na aplicação da referida Lei. Além disso, levantou os motivos que levam os juízes fluminenses a condenar pelos crimes previstos na Lei de Drogas, em especial nos artigos 33 (tráfico) e 35 (associação para o tráfico)<sup>64</sup>.

Nessa pesquisa, foi avaliado o perfil da maioria das pessoas que são condenadas pelos crimes de tráfico e associação ao tráfico na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro. Dessa forma, retrata que mais de 70% dos réus presos em flagrantes por tráfico de drogas são primários, sem antecedentes criminais, estavam sozinhos, desarmados e com pouca quantidade de droga. Ainda, mostra a pesquisa que

<sup>63</sup> Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2016. <https://www.conjur.com.br/dl/infopen-levantamento.pdf> acesso em 19.11.2018.

<sup>64</sup> <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4e5dc1c0cfbe4c59a6976057c42d0fd1.pdf> / Acesso em 20.11.2018.



82,13% das prisões decorrem de flagrantes nas operações realizadas pela polícia, seja nas ruas ou em unidades prisionais. Entretanto, apenas 6% das prisões resultam do trabalho de investigação. A pesquisa confirma ainda que a política de segurança pública é o varejo do tráfico, que constitui e define a própria política criminal de drogas em seu regular e cotidiano funcionamento, que permite a manutenção do controle repressivo sobre as populações vulneráveis e territórios instáveis, geridos por meio do monopólio da violência por parte do Estado.<sup>65</sup>

A pesquisa ainda analisou 2.591 sentenças proferidas entre agosto de 2014 e janeiro de 2016, envolvendo 3.745 acusados de infringir a Lei 11.343/2006, que instituiu a Política Nacional Antidrogas. E concluiu: 53,79% das condenações baseiam-se apenas nos depoimentos dos agentes de segurança que efetuaram a prisão. Ainda, 91,16% das decisões não levaram em consideração as condições socioeconômicas e pessoais dos acusados. Contudo, poucas foram as sentenças em que os juízes analisaram esses critérios para diferenciar as condutas de tráfico e porte de drogas para uso pessoal.<sup>66</sup>

Finalmente, revela esse valioso estudo que 53,30% das condenações referem-se ao crime de “tráfico”, previsto no artigo 33 da Lei de Drogas, sendo que 26,33% dos casos, os juízes condenaram os réus também por “associação para o tráfico” (artigo 35 da Lei), sob a presunção utilizada de que eles integrassem a associação criminosa, em razão do local da prisão. A pesquisadora sustenta que esse argumento foi apresentado em 40,92% das sentenças analisadas. Em 65,85% das vezes que o local é citado como ponto de venda de drogas, há menção à ocorrência em favelas, morros ou comunidades.<sup>67</sup> A pesquisa também identificou outras razões, todas elas irrisórias do ponto de vista racional, que contribuíram para a condenação: comportamento suspeito (apontado em 31,07% das sentenças), modo de acondicionamento da droga (44,57%),

<sup>65</sup> Ainda, segundo o referido estudo, 91,06% das pessoas acusadas pelos crimes descritos na pesquisa são do sexo masculino e 59,39% estavam sozinhas no momento da prisão. Em 48,04% dos casos analisados, os acusados foram presos com uma única droga: a cocaína (47,25% das apreensões foram de até 50 gramas) e a maconha (49,72% de apreensões foram de até 100 gramas). <https://www.conjur.com.br/dl/palavra-policiais-foi-unica-prova-54.pdf> Acesso em 21.11.2018.

<sup>66</sup> Idem.

<sup>67</sup> Idem.





dinheiro encontrado com o réu (22,40%), quantidade não condizente com uso pessoal (11,10%), tentativa de fuga (25,81%), droga na posse direta do réu (47,34%), droga na casa do réu (13,70%), droga encontrada com terceiros próximos ao réu (7,17%), droga encontrada próxima ao réu (15,46%), encontrado material para endolação (3,87%), drogas com identificação de facção criminosa (16,24%) e outras (15,95%)<sup>68</sup>.

Nesse sentido, observa-se a seletividade do sistema penal, porquanto em relação à atual legislação de drogas é aplicada uma política criminal legitimadora de criminalização da pobreza. Logo, a questão subjacente é muito mais a desigualdade social do que a efetivamente a proteção da saúde pública. A criminalização das drogas tem sido usada enquanto estratégia de poder, para o controle de classes ditas “perigosas”, os pobres. Deste modo, o traficante de drogas foi escolhido como inimigo público através de estereótipos para ações do sistema penal.<sup>69</sup> Da mesma forma, pessoas com baixo nível de escolaridade, deficiências de socialização familiar e posição precária no mercado já possuem características desfavoráveis e podem ser identificadas como candidatas ao sistema penal. Normalmente na distinção entre consumidor e traficante, se a pessoa é surpreendida com a droga e estiver desempregada será vista como traficante, porque em tese não possuiria dinheiro para adquirir a droga para uso pessoal<sup>70</sup>.

Em suma, no Brasil a guerra contra as drogas passou a ter como principal alvo: a criminalização da pobreza, através do discurso disseminado numa cruzada

<sup>68</sup> Idem.

<sup>69</sup> Idem, Ibidem.

<sup>70</sup> Orlando Zaccane em seu livro “Acionistas do Nada”, fala sobre essa criminalização e diferenciação entre traficante e consumidor, usando o Estado do Rio de Janeiro como base, diz que apesar da Secretaria de Segurança admitir diferentes níveis de delinquência quando se trata do tráfico, a conduta de quem dispara fogos de artifício para avisar da chegada da polícia é tratada da mesma forma para quem tem o comando da produção e comércio de drogas, respondendo dessa forma pelo mesmo crime. Outra consideração importante é relacionada ao mapa de ocorrências do delito de tráfico, no Rio de Janeiro. No ano de 2005, todas as delegacias da zona sul reunidas, incluindo Botafogo, Copacabana, Ipanema, Leblon e Gávea, somadas à Barra da Tijuca atingiram um terço dos registros realizados na 34ª DP de Bangu ou a mesma quantidade que os registros realizados na 17ª DP de São Cristóvão. Esta informação só deixa ainda mais claro que o Estado seleciona quem são as pessoas que quer manter sobre sua coação, porque é óbvio que os vulneráveis são sempre mais visados pela polícia e que o traficante já tem um estereótipo penal, que quase sempre é um jovem negro, pobre, funkeiro, vestido com tênis, cordões, boné e mora da favela. (ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada: Quem são os traficantes de droga*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. pp. 14-15).



moralizante e bélica contra as drogas, especificamente contra a pessoa do traficante, cujo respaldo encontra ressonância na Lei e Ordem. Essa guerra contra as drogas abriu caminho para que as pessoas vulneráveis, supostamente “perigosas”, fossem colocadas como inimigos da sociedade. Portanto, a atual política de drogas revela-se um verdadeiro fracasso, pois ao pretensamente proteger a saúde pública, como ela se propõe, ao revés, oculta sua real função que é controlar as classes ditas “perigosas”: os vulneráveis.

#### **4. CONCLUSÃO PARCIAL**

Ao longo deste Parecer, procuramos tratar daquilo que chamamos os efeitos perversos da proibição, os custos e os danos propiciados pela atual política criminal de guerra às drogas, responsável atualmente pelo genocídio de nossa juventude pobre e pelo encarceramento massivo da população do nosso sistema prisional em todo Brasil, do que decorrem diversos outros efeitos nefandos do ponto de vista da segurança pública.

A análise conjuntural da legislação especial brasileira em matéria de drogas sinaliza que as reflexões suscitadas reclamam uma nova edição que não deve se esgotar no exame de suas repetidas regras. As ponderações devem avançar e colocar em pauta o repúdio à repressão que revela os riscos, os danos e os enganos globalmente reproduzidos pelo proibicionismo, questionando o discurso ideológico que oculta fatos, demoniza substâncias e seres humanos vulneráveis, molda opiniões conformistas e imobilizadoras, censura e desinforma, entorpecendo a razão.

Este discurso ideológico é tão preconceituoso que as primeiras manifestações antiproibicionistas surgidas no Brasil, como a Marcha da Maconha, foram duramente reprimidas, sob o pretexto do delito de apologia ao crime. Após diversas prisões ilegítimas, e inúmeros exemplos de violência policial contra o evento, além de vários *Habeas Corpus* preventivos impetrados em diversos Estados do país, o Supremo Tribunal Federal, a partir da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 187), proposta pela Procuradora da República Débora Duprat, decretou que protestar por



alterações legislativas não configura a hipótese de crime, mas sim o pleno exercício da liberdade de expressão<sup>71</sup>.

Ressalte-se que o proibicionismo dissimula outra questão, o fato de que a proteção da saúde pública, que formalmente justifica a criminalização das condutas relacionadas às drogas qualificadas de ilícitas, é da mesma forma afetada por esta criminalização, pois impede um controle de qualidade das substâncias entregues ao consumo. Ainda, impõem-se obstáculos a seu uso medicinal, dificulta a informação e assistência, criam-se circunstâncias de reaproveitamento da substância para que o consumo desenfreado não seja descoberto e, assim, incentiva a ingestão de drogas de forma descuidada e antihigiênica, propagando-se doenças como a AIDS, hepatite entre outras.

Além de ocultar os riscos e danos à saúde pública, o proibicionismo enfraquece a democracia, considerando as violações de postulados constitucionais, e promove, ainda, a violência diante da intervenção do sistema penal sobre as condutas de produtores e distribuidores das substâncias e matérias-primas proibidas. Não restam dúvidas que não são as drogas que provocam a violência. Ao contrário, a violência só é gerada exatamente porque as atividades econômicas de produção e distribuição das drogas qualificadas de ilícitas são ilegais.

Portanto, deve-se romper com o proibicionismo para promover uma mobilização completa que conduza a ampla reformulação das legislações internas dos Estados nacionais, a fim de legalizar a produção, a distribuição e o consumo de todas as substâncias psicoativas e matérias-primas, regulando-se tais atividades de forma racional e com controle que, necessariamente, estejam comprometidas com a saúde pública, os princípios constitucionais, em consonância com o valor supremo da dignidade e o bem-estar de todos os indivíduos, livres da nociva intervenção do sistema penal.

Em mais de um século de proibição ao mercado de drogas, não houve diminuição em relação à oferta e nem tampouco quanto à demanda. A marca registrada

<sup>71</sup> STF. ADPF 187/DF. Relator Celso de Mello. Data de Julgamento: 15/06/2011. Tribunal Pleno. Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-102, Publicado 29/05/2014.



do modelo atual de venda de drogas é de total descontrole. Na maioria das vezes, o acesso a alguma substância, considerada proibida, é mais facilmente disponibilizado por qualquer pessoa do que um psicofármaco tarja preta no qual se exige receita médica. Por isso, o caminho mais sensato e razoável é a legalização das drogas, que não significa o descontrole. Ao contrário, legalizar significa controlar com maior eficácia, buscando regimes de controle e de circulação específicas, para substâncias particulares, como já se faz com o álcool, cigarro e os psicofármacos, que também são considerados drogas.

Finalmente, é necessário retomar a pergunta de Loïc Wacquant citada no pórtico deste texto “para que serve as prisões no século XXI?” O autor francês questiona na evolução da história do ocidente a emergência do Estado Penal, nas Américas, e principalmente nos Estados Unidos e no Brasil, que surpreende pelo potencial aumento do número de encarcerados a partir dos anos oitenta, além da criminalização da população pobre que seletivamente povoa o sistema prisional<sup>72</sup>. As constantes rebeliões nos presídios, causadas pelas condições insalubres e desumanas em que se apresentam as cadeias brasileiras, em especial pela esmagadora superlotação nos estabelecimentos, fornecida por uma guerra irracional às drogas, e conjugadas à ação letal das organizações policiais, fazem com que reconheçamos as dimensões dos “guetos”, no nosso caso, das favelas como campos de extermínio da população pobre.

Quem se atreve a prever o futuro? Quem tem coragem de levar tudo isso em conta para transformar o modelo de legislação brasileira em relação às drogas e de sua política criminal que inegavelmente fracassou?

Nos tempos atuais, poderia faltar esperança para se pensar no futuro, até porque há muitos dados que apontam para diversas catástrofes ambientais, financeiras, sociais e políticas. Entretanto, há uma tendência geral na Europa para legalização da produção do comércio e o seu consumo, desde a Holanda, Alemanha, Inglaterra, Portugal, República Tcheca e, em vários outros países, como no Uruguai, Canadá e em oito estados norte-americanos, nos quais outrora as drogas eram combatidas como uma política

<sup>72</sup> WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. Cf. Conferência de 21 de Outubro de 2016, com o título *The puzzling return of prisons in the 21st Century* (O estranho retorno das prisões no século XXI) na Ordem dos Advogados, em Lisboa.





criminal bélica, mas que mudaram sua legislação penal, adotando a concepção de redução de riscos ou de uma política alternativa à declarada guerra de drogas.

Por estas razões, cabe, assim, concluir: que tipo de sociedade almejamos construir para o futuro, em especial quando nos posicionamentos diante de projetos de reforma da legislação brasileira no tocante às drogas? Optamos por combater os pobres ou lutar contra a pobreza, enfrentando a desigualdade social? Enxergar a possibilidade deste questionamento é, sem dúvida, o principal desafio do nosso trabalho produzido pela Comissão de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros.



## **PARTE III**

### **PROCESSO PENAL**

**Por Renato Neves Tonini\***

#### **I - INTRODUÇÃO**

Em continuidade ao trabalho até aqui desenvolvido atinente aos estudos realizados pela comissão de juristas designada pelo Presidente da Câmara dos Deputados para a atualização da Lei de Drogas (11.343/2006), apresentamos algumas ideias que poderão subsidiar tal iniciativa legislativa.

Segundo a divisão de tarefas estabelecida entre os colegas que compõem este grupo, coube ao signatário a proposição de diretrizes relacionadas ao procedimento a ser adotado para apurar a prática de infrações penais concernentes à produção não autorizada e ao comércio ilícito de drogas.

Em relação às condutas envolvendo o consumo pessoal de drogas, como a nossa proposta prestigia a sua descriminalização, seria incoerente sugerir a adoção de um procedimento criminal para algo atípico.

Assim, aqui nos cingiremos a formular propostas legislativas atinentes ao procedimento das condutas típicas não abrangidas pela ideia abolicionista acima exposta.

#### **II – RITO PROCESSUAL**

No que se refere ao estabelecimento de um rito processual próprio para a apuração e o julgamento dos crimes relacionados ao tráfico de droga e demais infrações

---

\* O autor é mestre em ciências penais (UCAM)



penais correlatas, cremos que não há justificativa doutrinária ou conclusão advinda da experiência forense que recomende a adoção de um procedimento especial, particular, específico para tratar dessas condutas penais.

Salvo a necessidade do laudo de constatação da natureza e da quantidade da droga para fundamentar a prisão em flagrante, bem como a previsão de instauração do incidente de dependência de drogas, não há qualquer razão lógica para que se proceda de forma diferente na apuração dos crimes de droga daquela estabelecida para os outros delitos de igual gravidade prevista pela legislação processual penal ordinária.

Assim, entendemos que o procedimento a ser adotado nos crimes de droga deva ser o mesmo que é imposto às demais infrações penais, ou seja, o procedimento comum ordinário, sumário ou sumaríssimo, levando-se em conta a pena máxima cominada a cada um desses delitos para ser definido o rito processual a ser cumprido.

A medida aqui preconizada simplifica a legislação, uniformiza os trabalhos cartorários e, ainda, assegura os mais amplos meios de defesa ao acusado, cumprindo o papel de garantia, próprio da legislação processual penal.

Ademais, deve ser registrado que se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados o PL 8045/10, o qual trata do novo Código de Processo Penal. Esse Projeto de Lei foi objeto de amplo estudo realizado neste Instituto cujo resultado final foi encaminhado ao deputado Miro Teixeira, sendo por esse último apensado à referida proposta legislativa.

O Projeto de Lei acima referido está em vias de ser concluído pela Câmara dos Deputados, tendo sido apresentado o voto do seu relator, Deputado João Campos.

Não obstante o retrocesso existente em determinadas formulações contidas da referida iniciativa legislativa, como, por exemplo, a disciplina do habeas corpus e a previsão de o cumprimento da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da decisão proferida pela segunda instância, auspiciosamente foram incorporados ao texto final apresentado pelo referido deputado os institutos da audiência de custódia e do juízo



de garantias, tal como se vê no artigo 14 do substituto apresentado pelo relator do projeto de lei.

Como a audiência de custódia e o juízo de garantias tendem a ser adotados pela legislação processual penal ordinária, na medida em que se encontram inseridos no capítulo destinado a disciplinar a investigação criminal no projeto de lei acima referido, não vemos motivo para incluir esses institutos na lei especial em gestação, sobretudo pelo estágio avançado em que se encontra o PL 8045/10.

### **III – CONCLUSÃO PARCIAL**

Deste modo, entendemos que não há razão técnica ou doutrinária para que se estabeleça um rito diferente para apuração dos delitos de produção não autorizada e de comércio ilícito de drogas, bem como dos demais crimes a eles correlatos, devendo ser adotadas as regras procedimentais gerais também para essas hipóteses, ressaltando-se apenas a inclusão da obrigatoriedade do laudo de constatação positivo para autorizar a prisão em flagrante, bem como a possibilidade de instauração do incidente de dependência de drogas.





## CONCLUSÕES

As conclusões a que chegaram os autores deste Parecer, aprovado por aclamação pela Comissão de Direito Penal e pelo Plenário do INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS, e que servem como contribuições e propostas concretas desta Casa para uma nova e mais eficiente legislação sobre drogas, são as seguintes:

**1ª. A política criminal para drogas deve ser radicalmente alterada, substituindo-se o modelo bélico até então adotado, calcado no enfrentamento militar comércio varejista de substâncias atualmente proibidas, por medidas de redução de danos e de saúde pública, bem como com investigações inteligentes que tenham por escopo impedir o ingresso no Brasil de drogas e armas. Estudos revelam serem superlativos os números de pessoas mortas ou feridas em operações realizadas na zona urbana, seja de policiais, suspeitos ou de quaisquer indivíduos que residam nas proximidades, não sendo aceitável a continuidade desse estado de coisas.**

**2ª. Deve ser descriminalizado e despenalizado o uso pessoal de qualquer substância psicoativa, em atenção ao princípio universal do livre arbítrio.**

**3ª. A *cannabis* deve ser retirada da lista de substâncias proibidas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), devendo ser regulamentada sua produção, comércio e consumo, em moldes semelhantes ao que ocorre em outras nações, como na Holanda, por exemplo. Estudos noticiam que as consequências do seu uso, ainda que contínuo, não interferem na saúde física e mental de indivíduos adultos,**



não havendo, assim, razões de saúde pública que autorizem a continuidade de sua proibição, tanto mais porque outras drogas, como o álcool e o tabaco, por exemplo, comprovadamente mais nocivas que a *maconha*, são normalmente comercializadas.

4ª. As penas para o tráfico de drogas e delitos assemelhados devem ser reduzidas, uma vez que seu incremento não mostrou resultados como forma de prevenção geral deste delito. Desatende ao princípio da proporcionalidade que as sanções sejam impostas tanto ao pequeno varejista como ao comerciante de grandes quantidades.

5ª. Não deve haver restrições específicas à concessão de benefícios legais previstos no Código Penal e na Lei de Execuções Penais relativamente aos crimes de tráfico e condutas afins, posto que isto fere o princípio da isonomia.

6ª. Deve ser excluída da futura legislação o crime de “associação para o tráfico”, inserindo-se tão somente uma circunstância agravante pela coautoria no tipo fundamental. Para os casos em que se verifiquem a formação de quadrilha ou de organização criminosa há na legislação em vigor tipificações específicas, que podem perfeitamente serem cumuladas com o tráfico.

7ª. Devem ser estabelecidos critérios objetivos para a classificação típica da conduta, preferencialmente estabelecendo uma quantidade mínima para caracterização do uso pessoal.



8ª. Deve ser estabelecido o rito processual ordinário para o julgamento dos crimes de tráfico e afins. Trata-se de delito punível com severidade, devendo-se, assim, conferir ao acusado meios efetivos de exercer com amplitude sua defesa.

9ª. Devem ser criadas e mantidas por órgãos da administração pública da área da saúde instituições para recepção de dependentes químicos, facultando-lhes condições favoráveis para que se submetam tratamento, seja fornecendo cuidados higiênicos imediatos, ou com distribuição de seringas e preservativos, tudo visando à redução de danos, assegurando-lhes, incondicionalmente, o anonimato. Idêntico serviço deve ser implementado em todas as instituições prisionais.

10ª. Devem ser desenvolvidos programas educativos a serem implementados nas redes públicas e privadas de ensino de modo a que as crianças e adolescentes sejam didaticamente orientados relativamente ao uso de drogas e suas consequências para a saúde.

Rio de Janeiro, 28 de novembro de 2018.

**KÁTIA RUBINSTEIN TAVARES**

**JOÃO CARLOS CASTELLAR**

**RENATO NEVES TONINI**