

II SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA EM PRISÃO

29 DE AGOSTO DE 2016

PETRÓPOLIS/RJ

GT 4 – DROGAS E PRISÃO

**A seletividade do Sistema Penal Legitimada pelo art. 28, § 2º da Lei nº 11.343/2006:
contradição patente num Estado Democrático de Direito.**

**A seletividade do Sistema Penal Legitimada pelo art. 28, § 2º da Lei nº 11.343/2006:
contradição patente num Estado Democrático de Direito.**

Hozana da Costa Barreiros¹

Isabela Cristina Gomes da Silva²

RESUMO³: A população carcerária brasileira no período entre 1990 a 2014 cresceu exponencialmente, chegando ao aumento de 575% de acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN/2014. Nesse cenário caótico, a absorção do paradigma da guerra às drogas no Brasil e suas consequências na legislação penal exteriorizam uma íntima ligação entre o proibicionismo bélico-repressivo brasileiro e o referido aumento da população carcerária, sobretudo após 2006 com o advento da atual lei de drogas (Lei n.11.343) que trouxe consigo preocupantes vetores de diferenciação entre as figuras de usuário e traficante, constantes em seu art. 28, §2º. Este trabalho visa, a partir das balizas da criminologia crítica e dos preceitos fundamentais democráticos, identificar as relações diretas do referido dispositivo legal com o encarceramento em massa brasileiro e a seletividade que lhe é intrínseca identificando-o como considerável ponto de fomento a um preconceito institucionalizado que tende a revelar um controle social biopolítico mediante lei penal na medida em que traz em sua redação vetores como “local de apreensão” e “circunstâncias sociais e pessoais” como premissas para identificar se o cidadão sofrerá ou não as consequências de uma imputação por tráfico de drogas. Assim, analisar-se-á a difícil compatibilidade de tal dispositivo legal com os preceitos constitucionais democráticos, questionando-se qual o real sentido de ainda se manter a sua prescrição normativa, uma vez que literalmente legitima uma atuação seletiva e arbitrária dos atores do Sistema – desde as agências de Polícia até os fundamentos jurídicos adotados pelos magistrados nas sentenças penais condenatórias – frente a uma população determinadamente vulnerável. Portanto, o artigo buscará sedimentar a importância de uma análise sistemática, multifocal e interdisciplinar do presente objeto na tentativa de propor alternativas de se compatibilizar tal problemática aos preceitos do Estado Democrático de Direito.

Palavras Chaves: Art. 28, § 2º da Lei 11.343; seletividade; guerra às drogas.

SUMMARY: The Brazilian prison population in the period between 1990 and 2014 has grown exponentially, it means an up of 575% according to the data from the National Penitentiary Department - DEPEN / 2014. In this chaotic scenario, the acceptability of the ideology of making war on drugs in Brazil and its consequences in criminal law externalize an intimate connection between the Brazilian military-repressive prohibition and the increasing prison

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora *Campus* Governador Valadares. E-mail: hozanabarreiros@hotmail.com

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora *Campus* Governador Valadares. E-mail: isabela-gsilva@hotmail.com

³ Pesquisa realizada sob a orientação do Professor Msc. Daniel Nascimento Duarte, docente efetivo do Departamento de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF, nas áreas de Direito Penal e Processo Penal. Email:daniel.duarte@ufjf.edu.br

population, especially after 2006 with the advent of Current drug law (number 11.343) that brought alarming differentiation between drug users and dealers, article 28, paragraph 2. This work aims, by respecting the democratic fundamentals and critical criminology, identify direct relations according to the mentioned regimentations of the Brazilian mass incarceration and legal selectivity, it means a institutionalized prejudice that tends to reveal a biopolitical social control using criminal laws. Its also exposed in this article themes such as "jailing locals" and "social circumstances and people profiles" as premises to identify if the citizen will suffer or not the consequences of an imputation of drug trafficking. Furthermore, it will be analyzed an aspect considered of the most hard compatibility between such legal impositions and the constitutional democratic principles, questioning what is the true meaning for its validation, since the fact that there's an expressive allowance in the law that legitimizes a prejudiced performance and arbitrary in the criminal system - starting from police officers to the fundamentals for judging adopted by Magistrates in Criminal convictions – in front of a vulnerable population. Thus, the present article seeks to settle the importance of a systematic analysis, multifocal and exposing varied disciplinary topics attempting to find real solutions in order to face such problematics through the democratic concepts.

Keyword: Article 28, paragraph 2 law 11.343; Selectivity; wars on drugs.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o art.28, § 2º da Lei 11.343, e suas repercussões no Direito Penal, demonstrando sua incongruência num Estado democrático de Direito. Para isso, tentar-se-á realizar uma abordagem histórica da absorção de uma política bélico-repressiva de guerra às drogas, inaugurada pelo presidente Nixon em meados da década de 70, vez que o consumo de drogas havia aumentado no país, movimentado o mercado econômico-financeiro nos Estados Unidos.

Nessa perspectiva, será trabalhada a ideia de Becker (2008) abordando a concepção de cruzadas morais, para se entender o contexto proibicionista de drogas nos Estados Unidos. Para tanto, faz-se necessário desmistificar o discurso simplista que visa atribuir às drogas como um mal a ser extirpado da sociedade, meramente por ser um perigo à saúde pública.

Diante disso, abordar-se-á de que maneira a absorção desse paradigma bélico repressivo foi absorvido pela legislação brasileira, na medida em que se exaltava o clamor repressivo. Serão analisadas as legislações brasileiras vigentes na década de 70, bem como o reforço proibicionista na Constituição Federal, até a consagração da Lei 11.343/2006.

Após, realizar-se-á um estudo, mediante dados do DEPEN 2014, sobre a explosão carcerária no país, no período de 1990 a 2014, relacionando esses dados com a contribuição desse aumento com a promulgação da Lei 11.343/2006. Tentar-se-á apontar

os perfis dos presos, como raça, idade e grau de escolaridade, e buscar-se-á responder o seguinte questionamento: qual é a relação existente entre a edição da Lei n. 11.343/06 e o descontrolado aumento da população carcerária no Brasil?

A partir disso, questionar-se-á os termos constantes no art. 28, §2º, como *o local de apreensão, as condições em que se desenvolveu a ação e as circunstâncias sociais e pessoais do agente*, para se distinguir usuário de traficante, analisando em que medida isso gera repercussões práticas que, por sua vez, violariam diretamente a ordem jurídica democrática. Buscar-se-á apontar também os efeitos ocasionados pelo indeterminismo jurídico no que tange a caracterização de usuário e traficante.

Trabalhar-se-á também, a forma como o Judiciário, atualmente, está lidando com a problemática envolto ao discurso proibicionista. Para tanto, será analisado o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 635659 em trâmite no Supremo Tribunal Federal que versa sobre a inconstitucionalidade da proibição do porte de drogas para consumo próprio.

Por fim, pretende-se fazer uma análise crítico-reflexiva acerca dos melhores mecanismos a serem adotados no que toca a relação que o Estado tem tido com a política de drogas e, principalmente, a depender da escolha, como ela impactará na situação caótica da população carcerária brasileira.

2 O DISCURSO PROPULSOR DA GUERRA ÀS DROGAS NO CONTEXTO NORTE-AMERICANO

No período posterior ao insucesso da Lei Seca nos Estados Unidos da América, o presidente Nixon na década de 70 declarou guerra às drogas, vez que já havia crescido exponencialmente o consumo de drogas no país, movimentando o mercado econômico e financeiro expressivamente. Segundo Rosa Del Olmo (1990, p. 39) tal fato se deu em virtude do destaque que a heroína ganhou entre a juventude de classe média norte-americana, se tornando sinônimo de "perturbação social" nos Estados Unidos. A situação se acentuou após a guerra do Vietnã, pois os ex-combatentes não mais consumiam apenas maconha, mas também passaram a fazer uso da heroína, esta, que até naquele momento se restringia às regiões dos guetos norte-americanos passaram a invadir a classe média e aos mantenedores da ordem nacional e internacional.

O presidente objetivara promover uma guerra contra o narcotráfico engendrado pelos imigrantes colombianos, para tanto, qualificou as drogas como "o primeiro inimigo público não econômico" (DEL OLMO, 1990, p.39). Nesse período foi utilizado o discurso dos

profissionais da Medicina sobre a dependência que o uso da heroína ocasionaria, a fim de legitimar a severa proibição do uso de drogas.

Nas palavras de Nilo Batista (1990. p.63):

A expulsão do demônio pela saúde pública também permite perceber que não existe a droga, como abstração satânica, e sim drogas concretas mais ou menos maléficas ou destrutivas, e que contemplar numa lei lado a lado, por exemplo, os opiáceos e a maconha, apenas é possível sacrificando-se a realidade à proibição (só a desobediência à interdição equipara as situações). Muitas legislações fazem essa distinção. Não menos importante é o princípio segundo o comércio de drogas lícitas danosas (p. ex, agrotóxicos organoclorados cancerígenos) deveria ser controlado e punido por critérios semelhantes aos empregados para o tráfico de drogas ilícitas, enquanto que o (ab)uso de drogas ilícitas deveria merecer tratamento legal idêntico ao (ab) uso de drogas lícitas (p. ex., álcool).

Em 1961 ocorreu a Convenção Única sobre Entorpecente, suscitando a importância da saúde física e moral dos cidadãos, dispersando, por sua vez, a política de "guerra às drogas" por todo o mundo. Segundo Batista (2011, p. 102), a partir da década de 1960 houve nos Estados Unidos uma intensa produção legislativa pautada no combate às drogas, utilizando-se da mídia e campanhas de comoção social, difundindo o aspecto punitivo desse mal, em prol de penalidades mais severas.

Conforme afirma Rodrigues (2011), tal postura proibicionista tinha como objetivo inviabilizar três planos de ameaças ocasionados pelas drogas ilícitas que seriam: à moral, à saúde pública e à segurança pública. Espalhando esse plano de ataque não apenas aos Estados Unidos, mas ganhando um caráter de combate às drogas por todo o mundo. A partir da década de 1970, segundo o autor, houve uma potencialização da criminalização e combate ao uso e a venda de drogas ilícitas em decorrência do narcotráfico. Este era compreendido como um negócio que envolvia um grande comércio clandestino, que ameaçava a segurança nacional.

Nas palavras do autor:

O caráter militar assumido pela luta internacional contra as drogas ilícitas deve ser encarado não como uma inovação completa do proibicionismo, mas sim, como a transposição para o plano internacional da lógica coercitiva e policial de controle social consolidada localmente pela via da repressão a consumidores e negociantes de substâncias psicoativas. (RODRIGUES, 2011, p.8)

Neste contexto, Becker (2008, p.157) denomina de Cruzadas morais a existência de uma série de esforços proibicionistas para se combater esse "mal" que acometia a nação. A partir disso percebe-se o contexto em que Nixon decide realizar a campanha de guerra às drogas, a fim de alcançar tamanha faceta, eram alvos de tal política principalmente os

imigrantes, pois já eram taxados como os responsáveis por contrabandear o produto ilegal. Diante deste cenário político, não era somente visto como inimigo do povo os comunistas, mas passa-se a ser combatido também os traficantes, nesse contexto considerados os "inimigos externos" do país.

2.1 A absorção paradigmática da “guerra às drogas” no Brasil

No Brasil ocorreu uma considerável absorção do paradigma da ameaça norte-americana do combate às drogas. O Decreto-lei n. 385/68 proposto pelos militares, modificou o texto normativo do Código Penal, a fim de equiparar o usuário com o traficante. Tal concepção é reafirmada pela Constituição de 1967 que previa a repressão ao tráfico de entorpecentes. Na década de 70, após a declaração do presidente Nixon, o Brasil assume a mesma postura proibicionista, ao editar a Lei n. 6368/76, uma vez que ela intensificou as penas para os enquadrados como usuário ou traficante, mesmo que tenha promovido a diferenciação das penalidades entre as duas classes, aumentou-se o potencial bélico-repressivo para se vencer o mal que acometia a sociedade.

Com a promulgação da Magna Carta de 1988, já num contexto democrático, o constituinte originário reforçou ainda mais o discurso contra as drogas, dispondo de forma extremamente específica sobre a incidência das normas penais no tráfico de drogas. No texto constitucional há quatro vertentes (DUARTE, 2014, p. 125-1) que demonstram a posição proibicionista do legislador ao dispor sobre: a) no art. 5º, inciso XLIII, da CR/88 estabelece que para os traficantes de drogas não serão concedidos a graça ou anistia; b) naquele mesmo artigo, inciso LI, prevê a possibilidade de extradição, ainda que brasileiro naturalizado, daquele que praticar ou ter qualquer envolvimento com o tráfico de entorpecentes; c) no caso específico de desapropriação-confisco em virtude do plantio de plantas psicotrópicas, inexistindo a possibilidade de indenização ao proprietário (art. 243, CR/88); d) uma das funções da segurança pública, na figura da Polícia Federal, é o combate ao tráfico de drogas (art. 144, §1º, II, da CR/88).

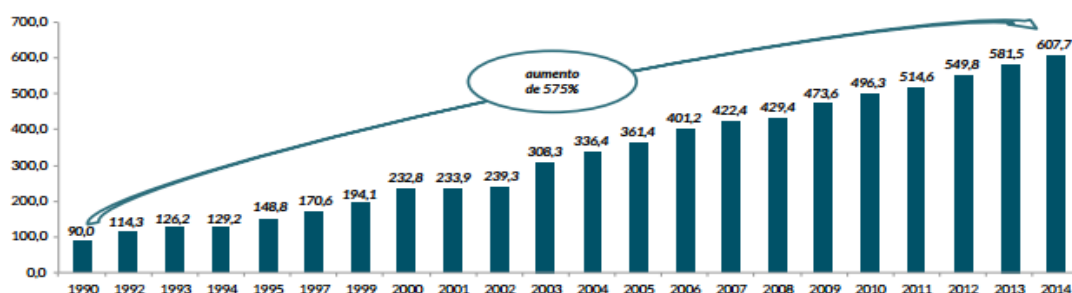
Posteriormente, a cultura legislativa brasileira ainda continuou a aderir a política bélico-repressiva a partir da promulgação da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes hediondos), que novamente intensificou o discurso da repressão às drogas com leis mais severas ao dispor logo no início da referida Lei o tráfico de entorpecentes como crime equiparado à hediondo englobando, consequencialmente, toda gama nociva advinda desta previsão, própria de uma tendência punitivista de *lei e ordem* que emergia à todo vapor no Brasil da década de 90 (CARVALHO, 2010).

Já nos idos dos anos 2000, insuficiente – no ponto de vista punitivo – a lei antidrogas brasileira da então longínqua década de 70, advém ao Ordenamento a Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, premissa fulcral e ponto de partida da presente análise, que institui o dito Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, e enuncia declaradamente (ZAFFARONI, 1991) certo viés preventivo e, escancara o viés repressivo – com aumento de penas, criação de tipos penais ligados à traficância, restrições de direitos fundamentais e insuficiências de qualquer critério normativo palpável que individualizasse a figura do usuário frente a um contexto que, na verdade, caçava (e caça) com todo fervor os ditos traficantes.

Nessa esteira, a partir da deficiência de definições mais objetivas sobre o usuário e traficante, houve um crescimento exponencial da população carcerária no Brasil nesse mesmo período (DEPEN, 2014, p. 15).

3 A EXPLOSÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO: O CRESCIMENTO EXPONENCIAL DO NÚMERO DE ENCARCERADOS A PARTIR DOS OPÇÕES LEGISLATIVAS BÉLICO-REPRESSIVAS NO BRASIL

A partir da política de combate às drogas reforçada consideravelmente pela Lei nº 11.343/2006 houve uma ampliação das hipóteses de tipos penais aptos a enquadrar tanto usuário quanto traficante. No período da edição da referida Lei houve um aumento desenfreado do número de pessoas privadas de liberdade no Brasil. Nos dados trazidos pelo Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, promovido pelo Ministério da Justiça, consta que no período de 1990 e 2014 houve um crescimento de 575% do número de encarcerados. Abaixo há a evolução percentual de pessoas privadas de liberdade:



Fonte: Ministério da Justiça – a partir de 2005, dados do Infopen/MJ.

Desses números ainda pode-se extrair uma série de informações sobre qual é o perfil das pessoas privadas de liberdade nos estabelecimentos criminais. Ainda nos dados

do DEPEN 2014, há informação de que a faixa etária dessa população se concentra naqueles entre 18 a 29 anos, em porcentagem isso representa 51% do número de pessoas presas. Outra informação interessante é em relação a raça, cor ou etnia, haja vista que 67% dos encarcerados são negros, em contrapartida de 31% dos brancos. Ao passo que a população em geral negra no Brasil é significativamente menor, cerca de 51%.

No que toca à escolaridade das pessoas privadas de liberdade, 53% dessa população possui ensino fundamental incompleto. Em contrapartida, os que possuem ensino superior completo representam 1% desse percentual.

De acordo com Zaffaroni (2001, p.245) existiria um poder seletivo do sistema penal, em que se escolhe pessoas que estariam sujeitas a criminalização. Neste sentido, ao serem sujeitas a decisão judicial, esta teria a responsabilidade em prosseguir com a ação ou suspendê-la, sendo alvo do encarceramento aqueles sujeitos a escolha do juiz, em que se pese, conforme a pessoa, por meio de um estereótipo prévio.

Nilo Batista (1990, p.168), afirma que:

Pouco importa que o dano econômico e social produzido por um só dos grandes crimes de colarinho branco (falências fraudulentas, sonegações fiscais, evasão de divisas, etc) supere de mil vezes o somatório de todos os roubos e furtos: nossa figura do ladrão não é um banqueiro desonesto sentado em seu escritório, e sim o assaltante ou mesmo o ventanista.

Brissoli Filho (2016, p. 289) disserta bem ao dizer que o estereótipo criado sobre a classe delitiva e sua rejeição pela sociedade possibilita um esquecimento daqueles com status social, os que detêm maior poderio e riquezas. Nesse sentido, o sujeito taxado como criminoso, seria uma função desempenhada pelo sistema hierarquizado que briga para manter o sistema inalterado, a fim de que os ricos continuem efetuando práticas criminosas, sem se ter o reconhecimento da sociedade, criminalizando apenas o pobre.

Isso demonstra a existência de uma seleção visível entre aqueles que têm sua liberdade privada pela Sistema prisional, pois pode-se concluir que a população carcerária consiste em jovens negros e de ensino educacional reduzido. O Sistema penal atua de forma diferenciada em relação aqueles socialmente desfavorecidos, os dados do Ministério da Justiça corroboram com tal conclusão. Mas a partir disso, questiona-se: qual a relação que a edição da Lei de Drogas tem com esse crescimento desenfreado?

Em 2005 o número de pessoas presas no Brasil era cerca de 361,4 mil. No ano seguinte, esses números saltam para 401,2 mil pessoas e a partir de então esses números não tiveram nenhuma redução. Percebe-se que no período em que houve o aumento das pessoas privadas de liberdade foi o mesmo da edição da Lei n. 11.343/2006, tal Lei, além das considerações previsões repressivas, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, objetivando, ao menos no patamar declarado, a inserção de

medidas preventivas do uso ilícito de entorpecentes, bem como visou, sob o mesmo ponto de vista, eventual reinserção dos usuários e dependentes de droga.

Ademais, a referida Lei trouxe disposições simplistas e promovedoras do preconceito que enaltecera o discurso punitivista da política de guerra às drogas, sendo este o ponto fulcral da presente análise. Em seu art. 28, §2º, vê-se claramente a opção legislativa nocivamente identificada:

Art. 28, §2º: Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao **local** e às **condições** em que se desenvolveu a ação, às **circunstâncias sociais e pessoais**, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. (Negritos nosso)

A partir dos dados elencados e frente a atual realidade do sistema carcerário brasileiro, é notório que o referido dispositivo contribui para acentuar uma desigualdade já existente no Sistema de persecução criminal no Brasil, uma vez que negligencia elementos objetivos na constatação daqueles que são traficantes ou usuários. O legislador optou por deixar à cargo da Polícia e do magistrado a utilização de mecanismos de "investigação" ao dispor que deve ser levado em consideração *o local, as condições* em que se desenvolveu a ação, *as circunstâncias sociais e pessoais* do agente.

Tal abertura semântica dos critérios de constatação do agente - se usuário ou traficante - no momento da abordagem policial e na prolação da sentença judicial, confirma o quão falaciosa é a premissa de um Sistema penal igualitário. Além disso, corrobora com a estigmatização de uma classe social e historicamente desfavorecida. Wacquant (2001, p. 95) dissertou sobre o assunto ao relatar que esse fenômeno também ocorreu nos EUA sob o discurso da guerra à criminalidade:

Em 1995, seis novos condenados para cada 10 eram colocados atrás das grades por portar ou comercializar droga, e a esmagadora maioria dos presos por esse contencioso provinha de bairros pobres, afro-americanos, pela simples razão de que "é mais fácil proceder às prisões nos bairros socialmente desorganizados, em contraste com os bairros operários, estáveis ou os prósperos, subúrbios de colarinho branco.

A partir dessa perspectiva percebe-se que todas as instituições de persecução penal são desenvolvidas a legitimar e promover a seletividade do Sistema Criminal, nas figuras da criminalização primária e secundária, conforme aduz Becker (2008). Em relação à criminalização primária, aquela praticada pelo legislador ao editar as leis penais, afirma-se que a disposição do art. 28, §2º da Lei n.11.343/06 ao não traçar critérios objetivos de verificação e diferenciação entre o usuário e o traficante, foi uma escolha proposital a fim de

intensificar e promover um Sistema cada vez mais ostensivo sobre uma determinada parcela da população brasileira.

Já a criminalização secundária, aquela realizada pela Polícia e o Judiciário, responsável por determinar quem será o alvo a ser abordado, baseada em um estereótipo - jovem negro, pobre e morador de localidades vulneráveis - para submeter ao procedimento criminal. Ao Judiciário, por sua vez, cabe a tarefa de "etiquetar" o indivíduo de usuário ou traficante, conforme o festejado "livre convencimento" do juiz.

A partir disso, segundo Brissoli Filho (2016, p. 259) é possível concluir que as agências responsáveis pela cassada do delinquente já têm um pensamento direcionado, por meio dos estereótipos pré-estabelecidos, realizando um tratamento diferenciado. Dessa forma, os métodos para se realizar o controle, através de etiquetas estereotipadas, fazem com que haja um aprisionamento do indivíduo a uma categoria. Esse pensamento não é diferente na hora de taxar uma pessoa como traficante ou usuária de drogas, pois aqueles que possuem o perfil configurado como traficante, será assim rotulado para sempre em seu "currículo criminoso". Consequentemente, enquadrando-se nesta categoria, sendo mal vistos pela sociedade e pelos impositores das normas.

Essa situação trouxe uma consequência terrível, pois pelos dados do DEPEN grande parte dos encarcerados são aqueles que possuem um perfil muito parecido, como ensino fundamental incompleto, negros e pardos, idade entre 18 a 29 anos, justamente o estereótipo das pessoas presas e caracterizadas como traficantes de drogas, que, não raras vezes, são meros usuários transviados de traficantes (hipótese possibilitada justamente pelo critério discricionário de identificação) ou, quando muito, são varejistas de "pés descaços", perfil muito distante daquele oriundo de eventual "criminalidade organizada" tão pregada pelas premissas punitivistas.

Conforme Vera Malagutti Batista (2003, p.23) expôs:

A inexistência de ações estrangeiras, de uma guerra contra a droga conduzida em seu território, e a inexistência de uma guerra contra as drogas conduzidas pelo Brasil no território de outras nações faz com que, no Brasil, o problema da droga, simplesmente, assuma a forma da relação entre as duas nações em que está dividida a sociedade brasileira: os ricos e pobres. Assim, aos jovens consumidores das classes médias e alta se aplica o paradigma médico, enquanto que os jovens moradores de favelas e bairros pobres se aplica o paradigma criminal.

Diante de tal perspectiva é possível vislumbrar que mesmo taxando a pessoa como usuária de drogas, há uma diferenciação de tratamento do rico e do pobre, já que o primeiro ao se enquadrar como usuário será submetido ao controle médico e último estará adstrito ao controle penal, lógica que é legitimada pela existência do art. 28,§2º da lei de drogas atual.

De fato, há de se concordar com a concepção de Barata (2002, p.4) ao afirmar sobre o mito da igualdade no direito penal, demonstrando que ele é desigual por excelência. Ao se promover essa seletividade institucionalizada viola-se diretamente os princípios fundantes do Estado Democrático de Direito, uma vez que, a caracterização exclusivamente subjetiva sobre as figuras do usuário e traficante, contribui para reforçar o antigo entendimento que o crime está umbilical e exclusivamente relacionado com a pobreza.

É forçoso compreender, a partir do art. 28, § 2º da Lei nº 11.343, as formas de criação de uma regra e os mecanismos de sua imposição (BECKER, 2008, p. 129-130). Ou seja, é necessário questionar: como as regras são feitas e impostas? Quem são os criadores das regras? Inicialmente faz-se necessário compreender as formas de criação da regra e, conseqüentemente, os mecanismos de imposição como um empreendimento. A partir dessa primeira constatação pode-se afirmar que os empreendedores morais - sujeitos que criam as regras – utilizam-se de uma série de mecanismos a fim de encontrar e punir o culpado. Para tanto, é necessário dar visibilidade social do fenômeno a fim de justificar e reforçar o caráter punitivo da regra a ser criada.

Tal concepção pode ser verificada ao analisar a luta dos empreendedores morais pelo repúdio às drogas, sob o pálio da política de guerra às drogas iniciada nos EUA e alastrada pelo mundo. O resultado desse posicionamento irreflexivo acarretou na criação de leis extremamente cruéis, pois ao invés de proporcionar e garantir direitos fundamentais, propicia o aumento desenfreado do número de pessoas privadas de liberdade no país e, conseqüentemente, acentua o *estado de coisas inconstitucional* vivenciado nas unidades prisionais brasileiras (ADPF nº 347).

A abertura semântica possibilitada pelo art. 28, §2º da Lei n. 11.343/06, confere ampla arbitrariedade aos agentes do Sistema penal ao abordar e condenar um determinado indivíduo. Primeiramente, ao policial será incumbido de selecionar as "vítimas" do Sistema e, conseqüentemente, encaminhá-lo ao Judiciário. Do outro lado, ao magistrado compete condenar ou absolver o indivíduo por tráfico de entorpecentes, com base, por exemplo, no local e circunstâncias sociais e pessoais do agente.

É visível que a referida Lei legitima a abordagem policial diferenciada realizada entre um sujeito de condição abastada e aquele das grandes periferias. Isso porque ao dispor que o juiz deverá analisar o local em que se desenvolveu a ação, possibilita que um indivíduo com melhores condições financeiras encontrado portando drogas seja caracterizado no tipo penal como de usuário. Por outro lado, resultado inverso ocorre em relação ao indivíduo, que com a mesma ou inferior quantidade de substância psicotrópica é revistado numa batida policial, nas regiões periféricas, vez que poderá ser enquadrado como traficante.

4 NOVAS PERSPECTIVAS FRENTE AO DECLÍNIO DA POLÍTICA DE GUERRA ÀS DROGAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: UM NOVO OLHAR SOBRE A LEI Nº 11.343/2006

A política de guerra às drogas propulsionada pelo presidente norte-americano em 1971 está em declínio, seja pela verificação de que a mera edição de leis severas, por si só, não tem o condão de extirpar o uso de drogas, seja pela constatação de que a criação e as formas de imposição de uma regra estão condicionadas aos empreendedores morais e ao contexto histórico em que foi criada.

Nações representativas do mundo (inclusive o próprio EUA) caminham, ainda que a passos curtos, rumo à descriminalização e despenalização do uso de drogas, que ainda são consideradas ilícitas. A proposta aqui defendida inicialmente é pela descriminalização imediata do uso de drogas no contexto brasileiro, bem como a declaração de inconstitucionalidade do art. 28, §2º, da Lei de Drogas e, conseqüentemente, a revogação do referido dispositivo.

De fato, a legalização é a melhor opção na tentativa de transformar a realidade caótica acentuada a partir da edição da Lei n. 11.343/2006 e demais normas jurídicas adequadas ao sistema de repressão às drogas no Brasil, sobretudo se considerarmos a realidade inflacional do sistema penitenciário após o advento do abordado §2º do art. 28.

Contudo, diante das ideologias conservadoras que as instituições do país têm aderido, é preciso tratar de hipóteses mais adequadas e concretas para tratar o problema da seletividade e arbitrariedade legitimada pelo art. 28, §2º da Lei n. 11.343/06. A princípio, o ideal para se promover a integridade e harmonia de um ordenamento jurídico democrático deveria ser a revogação imediata do referido dispositivo, conforme proposto, vez que ele é flagrantemente inconstitucional, se analisado de acordo com os ditames das garantias e direitos fundamentais.

No entanto, enquanto tal medida não ocorre no contexto brasileiro, não se pode fechar os olhos para as conseqüências nefastas do dispositivo ainda em vigor. Sendo assim, na tentativa de um tratamento ao menos paliativo (e, espera-se, transitório) para o problema causado pela referida Lei, é necessário traçar caminhos viáveis (menos catastróficos) neste contexto de tamanha desigualdade punitiva resultante de uma política de guerra aos pobres. Desta forma, é mister a atuação conjunta entre Judiciário e Legislativo, conseqüentemente, oportunizando um melhor direcionamento das condutas das autoridades policiais. Ao primeiro, cabe declarar a inconstitucionalidade dessa normativa. Já o Legislativo tem a função (emergencial ao nosso ver) de traçar métodos objetivos para enquadrar a pessoa como usuária ou traficante e em decorrência disso, ao menos

possibilitar uma atuação menos seletiva e preconceituosa do Sistema penal sob a alcunha repressiva às drogas, se é que isso é possível.

Certos estamos que este não é o melhor caminho. No entanto o que não se pode comungar é admitir a permanência da lógica caótica atual o que se configuraria verdadeira cegueira deliberada às consequências nefastas que tal dispositivo, da maneira que está, vem produzindo.

Quanto a questão do porte de drogas para consumo pessoal, no âmbito do Judiciário a problemática está sendo tratada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário nº 635659, que versa sobre a descriminalização da conduta típica ainda prevista no art. 28 da lei de drogas. O RE foi interposto pelo Defensor Público Geral do Estado de São Paulo em face de acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial Cível de Diadema/SP que, por entender constitucional o art. 28 da Lei 11.343/2006, manteve a condenação pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal. Até a presente data, apenas 3 (três) ministros proferiram o seu voto, o relator Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso e Edson Fachin.

O ministro relator votou pela inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, contudo, ressaltou que isso não significa dizer que haverá uma liberação irrestrita do uso de drogas no país, pelo contrário, apenas estará afastando a incidência da lei penal sobre o tratamento dessa matéria e deixará sob o pálio das normas administrativas a aplicação de medidas efetivas que o tema impõe. A partir da retirada das leis penais sobre o assunto de uso de drogas, conseqüentemente, impossibilitará a prisão em flagrante e a condução coercitiva à presença do juiz (art. 48, §§1º e 2º da Lei n. 11.343/06).

Outro ponto abordado no voto do ministro é a seletividade promovida pela Lei de drogas, pois concorda com o fato desta lei não traçar critérios objetivos para diferenciar o usuário do traficante, o que contribui para o enfoque penal às classes mais vulneráveis, como diz:

[...] há sérios indicativos de que esse contexto pode conduzir à inadmissível seletividade do sistema penal. A interpretação dos fatos, com elevada carga de subjetividade, pode levar ao tratamento mais rigoroso de pessoas em situação de vulnerabilidade – notadamente os viciados. À falta de critérios objetivos, a avaliação judicial rigorosa das circunstâncias da prisão afigura-se imperativa para que se dê o correto. Em elaboração RE 635659 / SP enquadramento aos fatos. A prática mostra, no entanto, fragilidade na pronta avaliação de casos relativos a drogas. (RE 635659 / SP, Min. Rel. Gilmar Mendes, p.51/52

O ministro Barroso, por sua vez, preferiu concentrar sua discussão sobre a maconha, exclusivamente, e, se posicionou pela descriminalização daquela substância. O ministro acredita que é necessário adotar, inicialmente, uma postura mais centralizada ao

caso concreto, para posteriormente promover discussões mais profundas sobre a descriminalização de outras substâncias psicotrópicas (STF, 2015). Neste sentido, reforçou a ilicitude da maconha ou qualquer outra droga, se posicionando meramente pela descriminalização destas, repassando para instância administrativa a punição da infração.

O voto do ministro se baseou em três razões: fracasso da política atual, alto custo para a sociedade e a criminalização afetar a saúde pública. A primeira razão, consiste no aumento do tráfico e do crime organizado, o que demonstra o insucesso da política de repressão às drogas. A segunda razão relaciona-se com o crescimento de pessoas presas, devido a esta política proibicionista impulsionar ainda mais a violência e contribuir para que jovens primários, que foram presos como usuários de drogas, sejam sujeitos à reincidência, em grande parte dos casos. A última razão, tem a ver com o efeito contrário que motivou a política de guerra às drogas, que é a saúde pública. Tal posicionamento, foi sustentado pelo fato desta se tornar secundária em relação à segurança pública, pois a política demandou do governo custos como com a prevenção e educação. Além de que a criminalização do uso de drogas, dificulta o acesso de muitas pessoas a um tratamento.

Assim, mediante um enfoque pragmatista, o ministro concluiu que a política adotada pelo Brasil de ter uma perspectiva repressiva do assunto drogas, trouxe mais malefícios do que benefícios. Além disso, sobre uma perspectiva jurídica existem três fundamentos básicos que legitimam a descriminalização, quais sejam, a violação do direito à privacidade, violação à autonomia individual e à proporcionalidade. Além disso, Barroso reforçou a necessidade de traçar métodos objetivos para a distinção de tráfico e consumo pessoal, mediante a possibilidade de discriminação trazida pelo art. 28, § 2º da Lei 11.343/2006.

Por derradeiro, o ministro Edson Fachin ressalta que o art. 28 da Lei de drogas possui dois eixos que se colidem, que compreende o porquê da opção histórica de punição ao uso e porte de entorpecentes, quais sejam: a) Confrontam-se a técnica de incriminação por meio dos “crimes de perigo abstrato” e o princípio da ofensividade; b) Confrontam-se uma concepção perfeccionista de proteção social do Estado e o direito constitucional à intimidade e à vida privada (STF, 2015).

Tal perspectiva contribui para compreender a relação que a proibição do uso de drogas guarda com o princípio da ofensividade, isso porque, a princípio, a Lei n. 11.343/06 estaria tutelando a própria conduta do agente e não um bem propriamente definido. Ao fazer uso de entorpecentes, *a priori*, o indivíduo não está causando nenhum mal diretamente a terceiro, ainda que alguns podem alegar que sob a influência das substâncias psicotrópicas esses sujeitos cometem crimes de roubo, furto, por exemplo, não sendo argumento suficiente para legitimar a incidência do direito penal sobre o seu uso.

Ademais, é árdua a tarefa, segundo Fachin, de distinguir as figuras de usuário e traficante de drogas, pois faz-se necessária a criação de parâmetros objetivos a fim de fixar

a quantidade de substância que irá caracterizar se usuário ou traficante. Todavia, o ministro aduz que essa é uma função do Legislativo e não do Judiciário, mas não exime este de atuar mais significativamente diante do vácuo normativo existente. Ao Executivo, por sua vez, cabe regular e criar políticas públicas criminais e de entorpecentes.

Por fim, o voto do ministro foi no sentido da declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/06, sem alteração do texto legal. Ressaltou também que as demais substâncias psicotrópicas continuam sendo proibidas o uso e o porte pessoal. Além disso, propôs a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas, a fim de acompanhar, mediante uma série de especialistas nas mais variadas áreas do conhecimento, a forma pelo qual está ocorrendo a diferenciação entre usuário e traficante.

Ante o exposto, nota-se que o posicionamento da Corte até o momento, é pela declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/06. Para além das deficiências notórias na compreensão (mais ampla) da problemática do proibicionismo conservador da guerra às drogas, é preciso esperar do STF uma postura mais progressista sobre o uso de drogas no país e, com isso, possibilitar o decréscimo da gigantesca população carcerária no Brasil, bem como um amadurecimento no próprio debate acerca do fim de uma declarada guerra às drogas que não se sustenta mais no âmbito criminal e só faz enaltecer toda a faceta violenta da persecução penal e legitimar uma lógica de eliminação biopolítica institucionalizada (ou cárcere ou morte) própria de uma opção estatal bélica na tratativa da questão das drogas.

5 CONCLUSÃO

O discurso instaurado nos EUA a partir da declaração do presidente norte-americano ao combate às drogas se alastrou para o mundo inteiro, acarretando numa explosão mundial de práticas de recrudescimento das penas. Nessa compreensão, o presente trabalho objetivou analisar como o discurso bélico-repressivo do combate as drogas foi absorvido pela legislação brasileira, especificamente, identificou-se a influência dessas práticas na legislação no período ditatorial, Lei de Crimes Hediondo, a Constituição Federal de 1988 e, por fim, a Lei n. 11.343/06.

Viu-se que a legislação brasileira ao invés de tratar o tema de drogas em sua profundidade, procurou adotar medidas simplistas de proibição ao consumo a partir do argumento de que os entorpecentes são males a serem extirpados da sociedade por colocar em perigo a saúde pública. Até mesmo a Constituição de 1988, o marco da democracia brasileira, já foi promulgada intensificando esses discursos proibicionistas ao estabelecer, por exemplo, no rol dos direitos fundamentais, que ao traficante de

entorpecentes ou drogas afins não será concedida graça ou anistia e será considerado inafiançável o crime de tráfico de drogas, assim como a prática de tortura e o terrorismo.

Se não bastasse, em 1990 o legislador novamente recrudescer o tratamento do ordenamento jurídico pátrio em relação a política de drogas, equiparando-as a crime hediondo. Já nos idos do século XXI, a edição da Lei n. 11.343/06 mais uma vez provocou um maior enfretamento equivocado do tema, haja vista que o legislador ao não definir objetivamente os critérios de diferenciação de usuário e traficante, acarretou na intensificação da seletividade existente no Sistema penal de tratar as pessoas histórica e socialmente desfavorecidas. E mais, a Lei de Drogas atual acabou por corroborar a legitimação de práticas arbitrárias de policiais no momento da abordagem, bem como confere ao magistrado maior discricionariedade para confirmar o caráter de traficante de entorpecentes na ação penal (arbitrariamente identificado pela polícia) em detrimento de uma – às vezes tremendamente aparente – condição de usuário.

Verificou-se também no presente trabalho que, a forma pela qual a legislação brasileira vem tratando o combate à droga ocasionou num crescimento desenfreado da população carcerária, isso porque a partir da promulgação da Lei n. 11.343/06, o número de pessoas privadas de liberdade no Brasil só aumentou. Os dados fornecidos pelo DEPEN corroboram com tal conclusão ao expor que no topo do *ranking* dos crimes mais praticados pelos encarcerados, que originou a imposição de pena privativa de liberdade, se encontra o tráfico de drogas.

Diante desse cenário caótico, intensificado pela Lei de Drogas, o presente trabalho conclui: a) a política de drogas atual trata-se de um dos mais consideráveis mecanismos de criminalização da pobreza no Brasil contemporâneo o que se confirma nos dados do DEPEN que apontam que a maioria da população carcerária atualmente é composta da classe social mais desfavorecida econômica e culturalmente, sendo que grande parte dessa população está enquadrada em crimes oriundos da lei de drogas; b) a inexistência de critérios objetivos para diferenciação de usuário e traficante de drogas é uma medida adotada propositalmente pelo sistema de justiça criminal (onde o Poder Legislativo não passa avesso) para reafirmar o caráter seletivo do Sistema penal, ainda que, veladamente; c) num contexto democrático é inadmissível continuar a permitir a existência de normativas como as do art. 28, §2º da Lei de Drogas, visto que desconstrói as próprias bases de um Estado de Direito e institucionalizada de maneira escancarada o preconceito social e o direito penal do autor; d) faz-se necessária revogação imediata do dispositivo referido e a declaração de sua inconstitucionalidade, pois viola flagrantemente os ditames constitucionais.

Em que pese a necessidade de reconhecer a impossibilidade de existir um dispositivo como a do art. 28, §2º da Lei de Drogas, é forçoso admitir que é preciso propor

soluções mais concretas diante do contexto de retrocesso de direitos que está passando no Brasil. Assim sendo, o melhor e mais ideal é sem dúvida a retirada imediata dessas práticas proibicionistas sobre o uso de drogas no país. No entanto, não se pode fechar os olhos para os jogos de poderio e moralismos que nadam na contramão de um amadurecimento das discussões acerca das drogas no Brasil. Sendo assim, numa abordagem pessimista diante do nocivo e crescente contexto conservador brasileiro, uma das alternativas viáveis (e transitória, espera-se) é, ao menos, a criação urgente de critérios mais objetivos de constatação de usuário e traficante, afinal, a situação cotidiana de prisões de aparentes usuários como forjados traficantes é alarmante e insustentável.

O tema em questão está sendo tratado pelo STF em sede de Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 635659, visando a declaração da descriminalização do porte de drogas para consumo. É uma oportunidade que a Corte Suprema do país tem de propor um debate sério sobre a atual política de drogas aderida e cultivada no Brasil. Assim sendo, espera-se que o STF adote uma postura diferente no que tange ao reconhecimento de que as práticas proibicionistas aderidas no Brasil sobre o uso de drogas apenas têm agravado a situação, já caótica, da população carcerária e, por isso, faz-se necessário mudar de perspectiva, tanto jurídica quanto política, a fim de adotar uma postura mais progressista quanto a questão das drogas no país.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos. Violência, justiça, segurança pública, direitos humanos no Brasil de hoje.** Editora Revan. Rio de Janeiro. 1990, p.63-170.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia.** Editora Revan. Rio de Janeiro. 2012

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis : drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro .** Editora Revan. Rio de Janeiro. 2003.

BARATA, Alessandro. **Criminologia Crítica e política penal alternativa.** p. 7-21.

BECKER, Howard. S. **Outsiders.** Jorge Zahar. 1ª Ed. Rio de Janeiro. 2008, p. 129-175.

BRASIL. Disponível em: < <http://jota.uol.com.br/leia-o-voto-do-ministro-barroso-no-julgamento-das-drogas>> Acesso em : 29 de setembro de 2016.

BRASIL. Disponível em: < <http://jota.uol.com.br/leia-a-integra-do-voto-do-ministro-fachin-sobre-descriminalizacao-das-drogas>> Acesso em 29 de setembro de 2016.

BRASIL. **Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em 29 de setembro de 2016.

BRISSOLI FILHO, Francisco. **O estigma da criminalização no Sistema Penal Brasileiro: Dos antecedentes à reincidentia criminal**. Disponível em <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/77220/108702.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em 05/10/2016.

CARVALHO, SALO de. **A política criminal de drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 5.ed.Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

DUARTE, Daniel Nascimento. **Constituição e tráfico de drogas: A face oculta da repressão na exceção permanente Brasileira**. 2014, p. 86-131.

RODRIGUES, Thiago. **Drogas, proibição e a abolição das penas**. 2011.

STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299756>>. Acesso em 19 de agosto de 2016.

OLMO, Rosa Del. **A face oculta da droga**. Editora Revan. Rio de Janeiro, 1990. P. 39-55.

WACQUANT, loic. **As prisões da miséria**. Jorge Zahar. Rio de Janeiro. 2001, p. 95.

WACQUANT, loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Editora Revan. Rio de Janeiro. 2003.

ZAFFARONI. Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Editora Revan. Rio de Janeiro 1991. P. 245-281.