

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

TATIANI CRISTINA DA SILVA

**LEI 11.343/2006 E O TRÁFICO DE DROGAS: ESTUDO SOBRE A POSSÍVEL
LESÃO AOS PRINCÍPIOS PENAIIS DE GARANTIA DECORRENTE DA NÃO
DIFERENCIAÇÃO PENAL PARA AS DIVERSAS CATEGORIAS DE
TRAFICANTES DE DROGAS**

CRICIUMA

2012

TATIANI CRISTINA DA SILVA

**LEI 11.343/2006 E O TRÁFICO DE DROGAS: ESTUDO SOBRE A POSSÍVEL
LESÃO AOS PRINCÍPIOS PENAIIS DE GARANTIA DECORRENTE DA NÃO
DIFERENCIAÇÃO PENAL PARA AS DIVERSAS CATEGORIAS DE
TRAFICANTES DE DROGAS**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para
obtenção do grau de graduação no curso de Direito
da Universidade do Extremo Sul Catarinense,
UNESC.

Orientador(a): Prof. (ª) Msc. Monica Ovinski de
Camargo Cortina

CRICIÚMA

2012

TATIANI CRISTINA DA SILVA

**LEI 11.343/2006 E O TRÁFICO DE DROGAS: ESTUDO SOBRE A POSSÍVEL
LESÃO AOS PRINCÍPIOS PENAIIS DE GARANTIA DECORRENTE DA NÃO
DIFERENCIAÇÃO PENAL PARA AS DIVERSAS CATEGORIAS DE
TRAFICANTES DE DROGAS**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de graduação, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, 20 de junho de 2012.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Monica Ovinski de Camargo Cortina - Mestre - (Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC) - Orientadora

Prof. Alfredo Engelmann Filho - Especialista - (Universidade do extremo Sul Catarinense - UNESC)

Prof. Leandro Alfredo da Rosa - Especialista - (Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC)

**Para meus pais, propulsores da realização de um
sonho, minha eterna gratidão.**

AGRADECIMENTOS

A palavra “agradecimentos” nos trás à mente um rol imenso de pessoas que direta ou indiretamente estão sempre nos auxiliando nas questões da vida. Nomear cada uma delas seria difícil, haja vista, a possibilidade de cometer-se o disparate de esquecer alguma delas.

No entanto, é importante ressaltar que o presente trabalho seria impossível sem o apoio incondicional dos meus pais, Mariléia e Ivoir. Agradeço-lhes por cada minuto de atenção dedicada, cada palavra de motivação proferida e por todas as vezes que abdicaram-se de algo a fim de realizar o meu sonho. Vocês são verdadeiros guerreiros e eu serei eternamente grata por isso.

Além dos meus pais, muitas outras pessoas me apoiaram direta ou indiretamente durante essa longa jornada.

Agradeço a todos os meus familiares que sempre lançaram palavras motivadoras para a realização desse trabalho e durante esses 05 (cinco) anos compreenderam a minha ausência freqüente.

Ao meu namorado, amigo e companheiro Davi, que além de me motivar e auxiliar com os assuntos do curso, sempre teve como principal meta a instigação do meu pensamento crítico. Obrigada pelas madrugadas de discussão acirrada sobre os mais diversos assuntos.

Aos meus amigos, sim amigos, pois convivemos juntos durante 05 (cinco) anos, sorrímos, festamos, choramos e brigamos juntos por alguma causa, os meus mais sinceros agradecimentos. Saibam que levo junto comigo as melhores lembranças dos nossos momentos e já sinto saudades de tudo o que passamos juntos.

Muitos professores, durante essa jornada, serviram de exemplos a serem seguidos e alguns influenciaram-me diretamente quanto a escolha do tema desse trabalho e ajudaram-me na elaboração do mesmo. A todos, o meu muito obrigada.

À minha orientadora Monica Ovinski de Camargo Cortina tenho a dizer que a admiro pelo renomado trabalho desenvolvido nessa Universidade. Agradeço-lhe por ter aceitado me orientar na elaboração dessa monografia. Sinto orgulho de ter sido orientada por uma das mais importantes estudiosas e pesquisadoras do pensamento criminológico brasileiro.

Minha gratidão a todas essas pessoas é eterna.

“A dependência da política de drogas é algo mais perigoso do que a dependência da própria droga, até porquanto os malefícios não se circunscrevem a uma só pessoa.”

Nilo Batista

RESUMO

O consumo de drogas pelo ser humano é universal, data de milênios atrás e o controle internacional sobre narcóticos e substâncias psicotrópicas remonta ao início do século XX. A preocupação inicial era com a disseminação do uso de determinadas substâncias e com as conseqüências para a saúde do usuário. Assim sendo, começaram a aparecer as legislações proibicionistas nos ordenamentos jurídicos de muitos países. No Brasil, atualmente, está em vigor a Lei nº. 11.343 de 08 de outubro de 2006 que foi aprovada envolta a polêmicas quanto à despenalização do consumo de drogas e o abrandamento das penas para o comércio ilícito dessas substâncias. A atual Lei de Drogas é lei penal em branco, conta com diversos dispositivos abertos e imprecisos. Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho consiste em verificar se há violação dos princípios constitucionais penais de garantia diante da não diferenciação efetiva do usuário e do traficante, bem como das diversas categorias de traficantes observadas na forma como esse tipo de comércio se organiza e atua. Para tanto, foi realizada uma pesquisa exploratória sobre o tema utilizando-se o método dedutivo apoiado na técnica bibliográfica. Como resultado desse estudo, percebeu-se que apesar da atual Lei de Drogas adotar a prevenção como um de seus alicerces, a mesma se apóia na extrema repressão à figura do traficante de drogas sem, no entanto, diferenciar as categorias de gravidade que os diferentes tipos de tráfico produzem na sociedade. De fato, a Lei não possui tipos penais intermediários e penaliza as diversas categorias de traficantes com a mesma demasiada pena, quando não faz com que o operador do direito confunda o usuário com o traficante, condenando aquele com a pena prevista a este, contrariando e lesionando diversos princípios penais de garantia previstos na Constituição Federal de 1988 e garantidores de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Drogas. Proibicionismo. Tráfico. Princípios. Constituição.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Estrutura interna do tráfico de drogas.....	38
Figura 2 - Níveis de comercialização de drogas.....	41
Figura 3- Apreensões de entorpecentes.....	43
Figura 4 - Principais apreensões.....	44
Figura 5 - Indiciados por faixa etária e por sexo.....	44
Figura 6 - Apreensões de cocaína por ano em toneladas.....	45
Figura 7 - Apreensões de maconha por ano em toneladas.....	45
Figura 8 - Pés de maconha erradicados por ano.....	46
Figura 9 - Ecstasy apreendido por ano.....	46
Figura 10 - Lança perfume apreendido por ano.....	47
Figura 11 - População carcerária.....	48
Figura 12 - Número de presos pelo crime de tráfico de drogas.....	48

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CONFEN	Conselho Federal de Entorpecentes
CGPRE	Coordenação Geral de Polícia de Entorpecentes
DPF	Departamento de Polícia Federal
ONU	Organização das Nações Unidas
SISNAD	Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas
STF	Supremo Tribunal Federal
UNODC	Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 TRÁFICO DE DROGAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	14
2.1 CONSTITUIÇÃO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	14
2.2 PRINCÍPIOS PENAIS DE GARANTIA ENQUANTO DIREITOS FUNDAMENTAIS	17
2.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL E PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE	18
2.4 PRINCÍPIO DA ISONOMIA, PRINCÍPIO DA IGUALDADE E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	22
2.4.1 Princípio da Proporcionalidade	23
2.5 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS	24
3 A POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS E A LEI Nº. 11.343 DE 23 DE AGOSTO DE 2006 SOB A PERSPECTIVA DO TRÁFICO DE DROGAS	26
3.1 CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA POLÍTICA PROIBICIONISTA DE DROGAS NO MUNDO E NO BRASIL.....	26
3.1.1 Políticas de Drogas no Brasil.....	33
3.2 A “ESTRUTURA PIRAMIDAL” DO COMÉRCIO DE DROGAS NO BRASIL E NO MUNDO	36
3.3 CONSEQUÊNCIAS DA POLÍTICA PROIBICIONISTA NO BRASIL	42
4 RAZÕES E MOTIVAÇÕES DA LEI DE DROGAS Nº. 11.343/2006.....	51
4.1 MUDANÇAS SIGNIFICATIVAS TRAZIDAS PELA LEI Nº. 11.343/2006	51
4.2 A DEFINIÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS COMO TIPO PENAL ABERTO	54
4.2.1 Tráfico Ilícito de Drogas Lícitas.....	56
4.3 ARTIGO 33, DA LEI 11.343/2006 E A VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS PENAIS DE GARANTIA	58
5 CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS	70

1 INTRODUÇÃO

O uso de drogas é milenar e universal, nem sempre foi considerado crime, mas com o passar do tempo a disseminação dessa prática chamou a atenção das autoridades que passaram a preocupar-se primeiro com as conseqüências do uso indevido e depois com a forma de obtenção dessas substâncias.

No início do século XX começaram a surgir as primeiras legislações proibicionistas devido aos problemas cada vez maiores ocasionados pelo uso recreativo e abusivo de drogas. Algumas convenções internacionais foram estabelecidas e muitos países fixaram-se como signatários dessas convenções, dentre eles, o Brasil.

No Brasil, as legislações anti-drogas, apesar de uma ou outra distinção entre si, sempre tiveram o mesmo intuito: reprimir e punir viciados e traficantes.

A atual Lei 11.343/2006 segue a mesma linha e foi aprovada em meio a muitas polêmicas, dentre as quais, a despenalização do usuário e o considerável aumento de penas para o traficante.

Os usuários recebem como tratamento penas restritivas de direito previstas no artigo 28 da citada Lei, ou seja, advertência, prestação de serviço à comunidade e medida educativa. Traficantes, por outro lado, são tratados com penas muito mais rigorosas, pois a pena mínima imposta pelo artigo 33 da Lei nº. 11.343/2006 é de 05 (cinco) anos e pode chegar a 15 (quinze) anos de reclusão mais pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

No entanto, observa-se na prática que este tipo de crime se efetiva através de mais de uma categoria de traficante, pois existem aqueles que traficam apenas para a subsistência de seu vício, os chamados traficante-dependentes, estes não têm como objetivo auferir lucros com o tráfico, são os pequenos e médios traficantes e existem outros que comercializam grandes quantidades e visam como resultado final de suas ações, o lucro.

Existe uma grande diferença entre o pequeno, médio e grande traficante, uma vez que as ações dos primeiros não têm o mesmo grau de lesão causado pelas ações do segundo grupo, dos grandes traficantes, pois estes movimentam milhões de reais gerados pelo comércio ilícito de drogas, além de contribuírem para o aumento da criminalidade, entre outras coisas, o pequeno e médio traficante, apesar de também estarem atuando de forma condenável, o fazem, geralmente, com a finalidade de manterem seus próprios vícios.

Ocorre, que a atual Lei de Drogas, assim como a antiga Lei nº. 6.368/1976, não prevê tipos penais intermediários, é recheada de dispositivos abertos e imprecisos que não

diferenciam de forma efetiva o usuário do traficante, bem como, não diferencia o pequeno, médio e grande traficante.

Baseado na falta de clareza, precisão e objetividade da atual Lei de Drogas, o presente trabalho se propõe a verificar se há lesão aos princípios penais de garantia previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, haja vista, não haver critérios efetivos para diferenciar usuário de traficante, bem como, pequeno, médio e grande traficante.

A pesquisa utilizada foi teórica, qualitativa, com método dedutivo, buscando estudar com mais clareza o fenômeno tráfico de drogas. Para fundamentar este trabalho foi realizada uma pesquisa bibliográfica, examinando-se livros de doutrina constitucional e penal, documentos eletrônicos, acórdãos, além da legislação pertinente.

Dividido em três capítulos, o presente trabalho iniciará com o exame dos diversos princípios penais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e que servem de garantidores do estado Democrático de Direito.

O segundo capítulo busca identificar o surgimento e a evolução das políticas de combate ao uso e tráfico de drogas no Brasil e no mundo, bem como, estuda a estrutura piramidal existente no comércio de drogas, onde os grandes traficantes encontram-se no ponto mais alto da pirâmide e constituem-se, praticamente, imunes a qualquer intervenção punitiva e os pequenos e médios traficantes formam a parte mais baixa da pirâmide, contribuindo para a superlotação carcerária uma vez que são os que sofrem o poder punitivo quase que com exclusividade.

Ainda no segundo capítulo desse trabalho, menciona-se sobre as conseqüências da política proibicionista no Brasil, onde se aponta alguns aspectos como a perseguição e a repressão ao comércio informal e ilegal de drogas, o aumento dos delitos relacionados às drogas, as grandes apreensões, a lei da oferta e da procura, a superlotação carcerária, o surgimento de áreas utilizadas para o uso de drogas por grupos de pessoas, como as “cracolândias”, entre outras conseqüências.

No terceiro capítulo buscou-se abordar as mudanças significativas trazidas pela Lei de drogas nº. 11.343/2006, dessas, as mais importantes dizem respeito ao tráfico de drogas, para o qual o legislador deu total atenção. Mencionou-se ainda, sobre os problemas decorrentes do tráfico de drogas como tipo penal aberto e a lesão aos princípios penais de garantia previstos na Constituição da República Federativa do Brasil e de suma importância para o Estado Democrático de Direito.

A pesquisa que aqui se apresenta se justifica com base na necessidade da proporcionalidade da pena, garantia constitucional que se embasa na premissa de haver a

análise do grau de lesividade da conduta do traficante e os aspectos envolvidos neste tipo penal.

Dentre outras, essa garantia quando maculada dá margem à lesão aos direitos humanos e princípios constitucionais pertinentes ao indivíduo independente do tipo penal cometido. Desta forma, faz-se necessária a clara distinção entre consumidores e pequenos, médios e grandes traficantes para que haja a efetiva garantia do Estado Democrático de Direito.

2 TRÁFICO DE DROGAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O tema tráfico de drogas é muito polêmico e para aqueles que cometem tal crime a Lei de Drogas nº. 11.343, de 2006, prevê pena de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos de prisão, mas não apresenta critérios de diferenciação entre o pequeno, médio e grande traficante, gerando divergentes opiniões a respeito. Para muitos doutrinadores, a não diferenciação entre os agentes do crime viola vários princípios constitucionais penais de garantia.

Neste prisma, o objetivo do presente capítulo é estudar a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especificamente sobre os princípios constitucionais penais de garantia, enquanto direitos fundamentais, que têm como objetivo superar as desigualdades sociais e regionais e buscar um regime democrático que alcance a justiça social no Estado Democrático de Direito. A partir do exame aprofundado de alguns princípios constitucionais será possível verificar se o tipo penal tráfico de drogas representa uma violação a tais princípios, tarefa que será proposta como etapa final dessa pesquisa.

2.1 CONSTITUIÇÃO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representa o pacto político entre as pessoas e o Estado e serve de parâmetro de validade para todas as demais espécies normativas previstas no ordenamento jurídico pátrio. Neste sentido, é importante destacar o conceito de Constituição nas palavras de alguns estudiosos do tema.

Uma das finalidades da Carta Maior é estruturar o Estado, conforme ensina Bonavides (2006, p. 80), ao especificar que a Constituição é um conjunto de normas destinadas a organizar o poder, a forma de implantação do governo, posterior distribuição de competências e ao exercício da autoridade.

Canotilho (2003, p. 52) apregoa que a Constituição, além da finalidade estrutural que possui, é um documento escrito de forma organizada e lógica, no qual estão declarados os direitos e deveres dos cidadãos, além de objetivar a limitação do poder estatal. Para o autor, o conceito de Constituição deve ser desdobrado com o intuito de torná-lo mais claro e destaca como “pilares fundamentais” o fato de a Constituição ser um documento escrito de ordem jurídico-política, onde podem ser encontrados os direitos fundamentais inerentes a todas as pessoas. Essa mesma carta escrita prescreve a maneira de garantir tais direitos, além de organizar o Estado e limitá-lo em suas ações.

Comumente, os termos “direitos fundamentais” e “direitos humanos” são utilizados como sinônimos, no entanto, possuem distinção entre si e é importante tratar sobre a clarificação dessa distinção nesse momento da pesquisa.

Os “direitos fundamentais” são aqueles direitos reconhecidos ao ser humano e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado.

Os “direitos humanos”, por outro lado, são aqueles relacionados aos documentos de direito internacional, ou seja, possuem caráter supranacional. São direitos que reconhecem o ser humano como tal e independem de qualquer vinculação com a ordem constitucional de determinado Estado, pois têm validade universal, para todos os povos e tempos (SARLET, 1998, p. 31).

Segundo Espíndola (1998, p. 85) o conceito de Constituição deve ser “temporal e adequado”, pois deve atender as necessidades hodiernas, bem como deve ser compreendido a partir da função e da estrutura que caracterizam a Constituição nas ordens jurídicas contemporâneas. O conceito atribuído à Constituição por José Afonso da Silva, propagado por diversos outros constitucionalistas e transcrito na íntegra abaixo, agrega todos os elementos acima citados de forma clara e concisa:

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitucionais do Estado (SILVA, 2011, p.37-38).

Das ponderações dos constitucionalistas acima citados, extrai-se a importância da Constituição para o Estado Democrático de Direito, visto que este necessita de uma estrutura mínima que seja para funcionar e “pressupõe o modelo de Estado constitucional democrático de direito” (ESPÍNDOLA, 1998, p.101).

Extrai-se também, dos conceitos acima elencados, a força normativa da Constituição para o Estado Democrático de Direito, uma vez que “não basta que ela adapte-se a uma realidade, é necessário que imponha tarefas para converter-se em força ativa” (HESSE, 1991, p. 19).

Estudou-se até aqui sobre conceito e objetivos da Constituição e para que sejam garantidos os direitos fundamentais, uma das finalidades da Constituição, e para fazer com que o Estado cumpra seus deveres é necessário que sejam “traçados princípios constitucionais para que a Constituição seja plenamente positivada, compreendida, concretizada e atualizada” (ESPÍNDOLA, 1998, p.101).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi construída com a finalidade de garantir os Direitos Fundamentais, sociais e individuais, a igualdade, a liberdade, a democracia, pois estes são valores supremos no Estado Democrático de Direito. Neste sentido, a Constituição precisa intervir na realidade social e não apenas atuar como lei de numa esfera puramente normativa. Nesse sentido, a garantia dos Direitos Fundamentais, sociais e individuais, das liberdades, da igualdade, da democracia deve ser plena, pois o objetivo da Constituição Brasileira é estabelecer o bem comum.

José Afonso da Silva (2011, p. 119-120) afirma que a Constituição tem como base a democracia e esta deve ser um “processo de liberação da pessoa humana”, onde não há lugar pra nenhum tipo de opressão e para isso é necessário que os direitos individuais, políticos e sociais sejam afirmados. Portanto, o Estado tem o dever de oferecer condições econômicas suficientes para que os cidadãos possam gozar plenamente desses direitos.

Para dar suporte à garantia dos Direitos Fundamentais, sociais e individuais, bem como sobre aos demais valores supremos do Estado Democrático de Direito, cumpre nesse instante ressaltar a importância dos princípios constitucionais que são os pilares de todo o ordenamento jurídico.

Para José Afonso da Silva (2011, p. 44), existem elementos limitativos previstos na Constituição como os direitos fundamentais individuais e suas garantias, tendo em vista que “são denominados limitativos porque limitam a ação dos poderes estatais e dão a tônica do Estado de Direito”. No entanto, há diferença entre princípios constitucionais fundamentais e princípios gerais do Direito Constitucional, conforme destaca José Afonso da Silva:

[...] os primeiros integram o Direito Constitucional positivo, traduzindo-se em normas fundamentais, normas-síntese ou normas-matriz, que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, normas que contém as decisões políticas fundamentais que o constituinte acolheu no documento constitucional. Os princípios gerais formam temas de uma teoria geral do Direito Constitucional, por envolver conceitos gerais, relações, objetos, que podem ter seu estudo destacado na dogmática jurídico-constitucional (SILVA, 2011, p. 95).

Para Bonavides (2006, p. 289), os princípios constitucionais são as normas mais importantes do ordenamento jurídico, uma vez que foram colocados no ponto mais alto da escala normativa. Esse autor os denomina como “norma das normas” e afirma que os princípios constitucionais “servem de base para toda interpretação e avaliação dos conteúdos normativos” (2006, p. 290). Assim, os princípios não só informam o intérprete, mas estabelecem diretrizes que este deve seguir na avaliação de toda e qualquer matéria de direito.

Peixinho (2000, p. 112-113), compartilha da idéia de que os princípios são as normas mais importantes do ordenamento jurídico e afirma que estão “expressos em valores

culturais, poéticos que se traduzem nas intenções que formam o núcleo material da constituição”. E ainda complementa:

Nos princípios fundamentais reside a fonte primária de concretização do Direito. Não se diga, porém, que esta vinculação aos princípios ensejará uma cláusula ao hermeneuta, exatamente porque a textura dos princípios produz sempre uma interpretação aberta da Constituição, amoldando-se essas diretrizes às contingências temporais (PEIXINHO, 2000, p. 117).

Neste sentido, os princípios constitucionais fundamentais possuem extrema importância, pois foram elevados ao mais alto grau na escala normativa, possuem função ordenadora e ação imediata, pois são diretamente aplicáveis em toda e qualquer matéria que envolva relações político-constitucionais. Portanto, tais princípios serão estudados com mais afinco neste capítulo, especificamente, aqueles princípios fundamentais penais de garantia, devido ao tema proposto neste trabalho monográfico.

2.2 PRINCÍPIOS PENAIS DE GARANTIA ENQUANTO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os princípios elencados neste primeiro capítulo estão entre os princípios penais de garantia que visam a limitação do poder punitivo, bem como, racionalidade por parte daquele que aplica a sanção para que este não cometa arbitrariedades, uma vez que a pessoa, enquanto ser humano, é a finalidade principal de todo o ordenamento jurídico.

Segundo Copetti (2000, p. 23), os tipos penais foram criados com o intuito de garantir aos indivíduos a limitação da atuação repressiva e opressora do Estado, no entanto, multiplicaram-se de forma desmedida e o que antes servia de garantia aos cidadãos, passou a ser fator de ampliação da intervenção estatal, pois muitas vezes funciona como meio de perseguição àqueles que não se encaixam no modelo de sociedade almejado.

Ferrajoli foi o precursor do garantismo penal, com isso, é de suma importância transcrever o conceito de tal teoria nas palavras de seu próprio idealizador:

Garantismo designa um modelo normativo de direito, precisamente, no que diz respeito ao Direito penal, o modelo da estrita legalidade, próprio do estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos (FERRAJOLI, 2010, p. 786).

Para Ferrajoli (2010, p. 786), o garantismo é um meio de diminuir a violência e ampliar a liberdade, é a tentativa de aumentar as possibilidades de garantia dos direitos, onde

as normas são apenas um ponto de partida para observar-se se a mesma adequa-se ou não à realidade social.

Ensina Copetti (2000, p. 23), que aquele que aplica a lei está estritamente limitado por ela e quando inclui determinados dados presentes na realidade está sujeito a cometer arbitrariedades, assim o sistema penal acaba por ser “ele próprio um problema”.

O ser humano foi elevado a um posto prioritário como titular de direitos, pela Convenção Interamericana sobre os Direitos Humanos e Justiça Penal, de 1980 (art. 1º, n.2), assim sendo, toda e qualquer abordagem do sistema penal deve ser feita a partir dos direitos humanos, haja vista, a importância destes para o Estado Democrático de Direito.

Os princípios penais constitucionais de garantia, que serão tratados separadamente nos próximos itens deste capítulo, estão no rol dos direitos fundamentais e todos eles estão atrelados entre si. Bianchini afirma que da junção do Direito Penal com a Constituição pode-se extrair os mais relevantes princípios constitucionais penais. Alguns destes princípios estão expressamente previstos na Constituição, como o da igualdade, legalidade, entre outros, e ainda há princípios implícitos, mas todos “convergem para o princípio-síntese do Estado constitucional e democrático de Direito, que é o da dignidade da pessoa humana” (BIANCHINI, 2009, p. 220).

Dos princípios taxados por Bianchini como estruturantes decorrem vários outros princípios penais de garantia que devem ser utilizados pelo intérprete para que este não seja desleal ou errôneo na aplicação do Direito. Para Copetti (2000, p. 59), muitas pessoas foram privadas dos direitos e garantias do Estado Democrático de Direito, pois encontram-se em situação de total desigualdade social e é neste meio que a criminalidade encontra subsídio para avançar no seu processo de crescimento.

Com o avanço das estatísticas oficiais da criminalidade e a exacerbada atuação do sistema penal, muitos dos direitos humanos são gravemente violados. O pleno exercício dos direitos humanos tornou-se utopia e o que se tem é um exagerado número de normas penais, muitas das quais violam, pelo seu conteúdo ou pela sua aplicação, os direitos humanos.

2.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL E PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE

No Direito Penal prevalece, dentre os princípios penais de garantia, o princípio da legalidade, também denominado de princípio da reserva legal, princípio da anterioridade da lei penal e princípio da intervenção legalizada.

Segundo Médici (2004, p. 191) o princípio da legalidade penal, como será denominado nesta pesquisa, originou-se, segundo a doutrina, do direito inglês, através da Magna Carta inglesa do Rei João Sem Terra, de 1215, que manifestava-se:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus bens ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com as leis do país (MÉDICI, 2004, p. 191).

Como observa Médici (2004, p. 191-192), ao comentar sobre o princípio da legalidade penal, alguns autores discordam da origem desse princípio, afirmando que seria o direito ibérico, outros apontam o direito romano como originário da legalidade penal. Todavia, é certo que tal princípio surgiu da necessidade de limitar as ações do soberano sobre a liberdade, o corpo e a vida de seus súditos, já que utilizava-se dos mais variados castigos, sem observar qualquer método formal de defesa.

A obra de Beccaria teve grande repercussão no Iluminismo, momento em que o princípio da legalidade penal adquiriu expressão política, visto que foi um dos temas relevantes abordados por ele, senão veja-se:

[...] só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, aplicar pena a outro membro dessa mesma sociedade, pena essa superior ao limite fixado pelas leis, que é a pena justa acrescida de outra pena. Portanto, o magistrado não pode, sob qualquer pretexto de zelo ou de bem comum, aumentar a pena estabelecida para um delinqüente cidadão (BECCARIA, 2010, p. 30).

Ensina Médici (2004, p. 192) que mais tarde, a partir de 1776, o princípio da legalidade penal teve reconhecimento legislativo com a Declaração de Virgínia (EUA) e Constituição de Maryland (EUA), em 1787 com a Josephina austríaca e em 1789 com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Entretanto, somente a partir da Revolução Francesa, o princípio da legalidade penal passou a ser exigido como garantia individual e segurança jurídica.

No Brasil, ainda que implicitamente, o princípio aqui tratado esteve presente nas constituições de 1824 (Brasil Império), 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 (Período Republicano).

Em 1988, a Constituição Federal amparou de forma expressa o princípio da legalidade penal e o colocou entre os direitos e garantias fundamentais quando concedeu ao art. 5º, XXXIX, a seguinte redação: “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 2012a).

Neste sentido, extrai-se que nenhum fato pode ser considerado crime, bem como, nenhuma pena pode ser aplicada, sem que antes desse evento, haja uma lei instituindo o tipo ilícito e a respectiva pena para o mesmo.

Como bem observa Nucci (2010, p. 90), o crime e as respectivas penas para o mesmo estão submetidos à lei que devem ser elaboradas na forma prevista pela Constituição. Assim, é inconstitucional o emprego de qualquer outro ato normativo, como decreto, medida provisória, portarias, leis municipais, entre outros, para a elaboração de tal lei, nem mesmo os costumes são permitidos, uma vez que é exigida a lei escrita.

Do princípio da legalidade, para Prado (2004, p. 27), decorrem outras garantias e princípios que servem de complemento. Como exemplos disso destaca-se a garantia jurisdicional, prevista no art. 5º, LIII, da CRFB/88, pela qual “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”; e art. 5º, LII, da CRFB/88, que determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito da sentença penal condenatória”.

Outra garantia decorrente do princípio da legalidade é a garantia de execução da pena ou garantia penitenciária, pela qual a pena a ser aplicada deverá ser na forma da lei, como prevê o art. 5º, XLVIII, da CRFB/88: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. O mesmo art. 5º, XLIX, da CRFB/88, diz que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Os princípios da irretroatividade da lei penal e o da taxatividade também estão intrinsecamente correlacionados ao princípio da legalidade. O primeiro previsto no art. 5º, XL, da CRFB/88: “a lei penal não retroagirá, salvo quando para beneficiar o réu”. O intuito desse princípio é de limitar a discricionariedade legislativa e judicial quando da elaboração ou aplicação retroativa de lei prejudicial.

O objetivo do princípio da taxatividade, que será estudado com mais afinco no próximo item, é de que as leis, principalmente as de natureza incriminadora, sejam as mais claras e precisas possíveis, evitando assim a insegurança jurídica que uma lei incerta pode acarretar.

Da expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* (não há crime, nem pena sem lei anterior que os defina), formulada por Feuerbach, Médici (2004, p. 194-195) extrai alguns postulados que é de suma importância transcrever:

1. Toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*). Por isso, só a cominação da sanção pela lei é que fundamenta o conceito e a possibilidade de uma pena.
2. A imposição de uma pena está condicionada à existência de uma ação definida (*nulla poena sine crimine*). É mediante a lei que se vincula a pena ao fato, como pressuposto juridicamente necessário.

3. O fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Em decorrência disso, o mal, como consequência jurídica necessária, será vinculado mediante lei a uma lesão jurídica determinada (MÉDICI, 2004, p.194-195).

Entende-se então, que o princípio da legalidade possui duas dimensões, como acentua Netto (2010, p. 220), pois visa proteger o cidadão das arbitrariedades que o Estado possa cometer, ao proibi-lo de impor penas para aqueles atos que não estão previstos como crime, bem como tem a “função de comunicação”, já que informa a todos acerca da existência e teor das condutas tipificadas como crime.

O princípio da legalidade penal, desde os primórdios, como demonstrado neste tópico, teve a finalidade de limitar os poderes do Estado e proteger os indivíduos contra as arbitrariedades que podem ser cometidas quando não se tem segurança jurídica. São várias as formas em que se constata a violação do princípio da legalidade e as mais comuns, segundo o entendimento dos autores aqui citados (MÉDICI, 2004, NUCCI, 2010, PRADO, 2004, NETTO, 2010), são: o emprego da analogia, a elaboração de tipos penais vagos ou obscuros e prescrição de penas incertas ou indeterminadas, pois ampliam a interpretação do julgador, propiciando falhas, interpretação errônea e insegurança jurídica.

Outro princípio que será estudado neste capítulo é o princípio da taxatividade que encontra-se implícito na Constituição e, como mencionado anteriormente, está naturalmente ligado ao princípio da legalidade penal.

Para Nucci (2010, p. 188), se inexistente crime ou pena sem prévia definição legal, faz-se necessário que o legislador escreva de maneira correta os tipos penais para garantir a eficácia do preceito delimitador da responsabilidade penal. Deste modo, segundo Leonardo (2002, p. 157), não basta que haja lei anterior definindo o crime ou a pena, é essencial que tal definição seja fechada e precisa para que o indivíduo tenha clara consciência da conduta que se quer proibir sob a ameaça de aplicação da pena.

Nucci discorre acerca da função do princípio da taxatividade: “[...] para cumprir sua função de tornar compreensível a norma penal, deve-se cuidar de seu conteúdo, formado por vocábulos e sentenças, coordenadas e bem dispostas, de modo a assegurar a perfeita delimitação do universo da comunicação pretendida” (NUCCI, 2010, p. 188). Assim, o princípio da taxatividade obriga a precisão das leis de natureza incriminadora, para que não haja dúvida quando da aplicação ao caso concreto.

Para Mirabete (1999, p. 56), a definição penal vaga e indeterminada, que não possa determinar qual a abrangência exata do preceito da lei, viola o próprio princípio da

legalidade penal. Logo, é necessário que as leis sejam precisas, claras e objetivas, respeitando o princípio da taxatividade, para que possam delimitar a conduta que irão punir.

2.4 PRINCÍPIO DA ISONOMIA, PRINCÍPIO DA IGUALDADE E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Determinadas pessoas, historicamente, sofrem ou sofreram atos de discriminação, geralmente pela maneira como são vistas ou têm seus modos de vida e comportamentos interpretados pela maioria da sociedade. Segundo Appio (2008, p. 200), tais pessoas não são igualmente representadas politicamente ou sofrem discriminação crônica em face às suas singularidades no meio em que vivem.

O princípio da igualdade nasceu justamente para evitar essa discriminação crônica. Previsto expressamente na Carga Magna de 1988, tal princípio busca igualar os seres humanos em suas igualdades e desigualdades. Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil prevê em seu art. 5º que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (BRASIL, 2012a).

Para Nery, ao comentar a Carga Magna, “[...] dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades” (2006, p. 128). Vale ressaltar que existe diferenciação entre igualdade e isonomia, pois parte da doutrina brasileira afirma que isonomia é a proibição de tratar de maneira diferenciada os representantes de um mesmo grupo.

O art. 5º, I, da Constituição Federal prevê que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Para Alexandre de Moraes “a correta interpretação desse dispositivo torna inaceitável a utilização do *discrimen* sexo, sempre que o mesmo seja eleito com o propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher; aceitando-o, porém, quando a finalidade pretendida for atenuar os desníveis” (MORAES, 2010, p. 43).

O princípio da igualdade é uma das bases da Constituição e é por este motivo que está expresso no título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, entre os direitos e garantias fundamentais. Para Costa (2001, p. 24), para se alcançar a dignidade, a

justiça, a democracia e a solidariedade, é necessário, primeiro, se alcançar a igualdade, haja vista ser este requisito primordial para a organização política.

A idéia de igualdade no direito penal objetiva limitar os poderes do Estado a fim de que este não atue de maneira desproporcional atingindo desta forma o princípio da igualdade. É o direito garantido a todas as pessoas de serem punidas pelas suas condutas, de forma equitativa, na medida da sua culpabilidade.

2.4.1 Princípio da Proporcionalidade

A noção de uma medida de proporcionalidade na consignação de delitos e penas não é recente. Segundo Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2003, p. 40-41), a origem histórica do princípio da proporcionalidade encontra-se da antiga máxima *poena debet commensurari delicto*, bem como na lei do talião, esta última com a idéia de que a pena deveria ser igual ao mal causado, ou seja, a sanção na mesma intensidade e natureza que o delito cometido.

Prossegue Gomes (2003, p. 45-46) afirmando que a necessidade de que as penas fossem fixas surgiu na obra “O Espírito das Leis” de Montesquieu, na qual o autor sustentava que se as penas não fossem pré fixadas, estas seriam aplicadas de acordo com a vontade do julgador ampliando a possibilidade de arbitrariedades. Assim, deveria haver harmonia entre pena e delito, ou seja, a gravidade da pena deveria ser harmônica à gravidade do delito. Logo, para Montesquieu, a pena servia como retribuição para o mal causado.

Outra obra de grande repercussão no que tange ao princípio da proporcionalidade é a de Beccaria, dos delitos e das penas, na qual a idéia principal deixa de ser a retribuição ao mal causado, mas sim evitar as agressões à soberania do Estado. Para Beccaria a pena tinha a finalidade de proteger o Estado, a sociedade e a paz social.

Diante disso, faz-se necessário transcrever o conceito do princípio da proporcionalidade nas palavras dos maiores estudiosos do tema.

Bonavides descreve o princípio da proporcionalidade como aquele que “se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo” (BONAVIDES, 2006, p. 357).

Mariângela Gama de Magalhães Gomes salienta que tal princípio é direito e garantia dos indivíduos, pois tem a “finalidade de frear a degeneração do poder punitivo, impedindo-o de expandir-se ilimitadamente” (GOMES, 2003, p. 75).

Nucci assevera que “a proporcionalidade indica harmonia e boa regulação de um sistema, abrangendo, em Direito Penal, particularmente, o campo das penas” (NUCCI, 2010, p. 210).

E continua, afirmando que “as penas devem ser individualizadas, ao mesmo tempo em que necessitam ser proporcionalmente aplicadas, conforme a gravidade da infração cometida” (NUCCI, 2010, p. 211).

Segundo Canotilho “proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos atos e dos poderes públicos em relação aos fins que eles perseguem” (CANOTILHO, 2003, p. 177).

Para Nucci (2010, p. 211), o princípio da proporcionalidade tem uma meta a ser atingida, qual seja, “preservar a harmonia entre a cominação de penas e os modelos de condutas proibidas e fundamentar o equilíbrio entre a aplicação das penas e os concretos modos de realização do crime”.

E continua afirmando que o legislador é que deve preservar a harmonia entre pena e crime na medida em que cria um novo tipo penal ou quando pretender alterar a natureza, forma ou quantidade de pena.

Já o equilíbrio entre aplicação da pena e dano causado pelo delito deve ser observado pelo juiz que ao aplicar a sanção penal deve ponderar o grau de intensidade do delito com o peso da pena a ser imposta.

2.5 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao declarar direitos e garantias fundamentais, os especifica em direitos e deveres individuais e coletivos.

Assim, o princípio da individualização das penas consagrado no art. 5º, XLVI, bem como nos arts. 59 e seguintes, do Código Penal Brasileiro e art. 387, I e II, do Código de Processo Penal Brasileiro, refere-se a pessoa que cometeu o delito.

Para Dotti, “a palavra individualização refere-se apenas ao indivíduo, no sentido natural de solitário, vale dizer, cada ser humano em relação à sua espécie. Não se aplica às coisas, mas somente ao homem que ocupa um lugar na natureza” (DOTTI, 2010, p. 138).

O dicionário brasileiro denomina indivíduo como “a pessoa humana, considerada quanto às suas características particulares, físicas e psíquicas” (AURÉLIO, p. 938). Logo, o indivíduo não pode ser comparado ao coletivo.

O art. 5º, XLV, da CRFB/88, acentua que a sanção não pode ser aplicada ou executada contra o terceiro que não cometeu o delito, pois a conduta humana deve ser individualmente considerada, mesmo quando o delito é cometido em concurso de duas ou mais pessoas. No que alude à conceituação do princípio da individualização das penas, acentua Luiz que “é princípio pacífico do direito penal das nações civilizadas que a pena pode atingir apenas o sentenciado” (LUIZI, 2002, p. 51).

Aludido autor afirma que ao legislativo cabe fixar para cada delito ou tipo penal uma ou mais penas proporcionais ao grau de intensidade do mal causado. Na fase de individualização judiciária o juiz, usando de sua discricionariedade, deve acertar a pena entre o máximo e o mínimo fixado para aquele delito, tendo em vista a variedade de fatores previstos na lei. Cabe ao juiz ajustar a pena a ser aplicada (LUIZI, 2002, p. 52).

O art. 5º, XLIX, da CRFB/88 assegura aos detentos a integridade física e moral, já no inciso XLVIII do mesmo artigo está determinado que o cumprimento da pena deve ser em estabelecimentos diferentes e deve atender “a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” e com relação às presidiárias o inciso L do art. 5º, garante “condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

Fica assim caracterizada a individualização da pena dentro do próprio sistema penitenciário garantido pela Carta Magna brasileira.

Deste modo, cada indivíduo deve ser tratado individualmente, primeiro, no que se refere à pena a ser aplicada, onde a pena imposta para um não deve ser a mesma imposta para outro, segundo, com relação à forma da execução da pena, pois, como salienta Nucci (2010, p. 159), cada indivíduo deve passar pelo seu próprio processo de individualização judicial e de individualização executória.

Os princípios penais de garantia aqui estudados estão previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e possuem suma importância para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Neste diapasão, devem tais princípios serem também garantidos, de forma eficaz, àqueles acusados pelas condutas de consumo e comércio de drogas ilícitas, haja vista, tratem-se de seres humanos e estarem sob a proteção da Carta Magna Federal.

3 A POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS E A LEI Nº. 11.343 DE 23 DE AGOSTO DE 2006 SOB A PERSPECTIVA DO TRÁFICO DE DROGAS

O debate sobre o tráfico de drogas é histórico e perpetua-se a idéia de repressão aos chamados traficantes, aqui referidos como aqueles que:

importam, exportam, remetem, preparam, produzem, fabricam, adquirem, vendem, expõem à venda, oferecem, tem em depósito, transportam, trazem consigo, guardam, prescrevem, ministram, entregam a consumo ou fornecem drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (BRASIL, 2012a).

O desígnio do presente capítulo é estudar a construção histórica da política proibicionista de drogas, mais especificamente no Brasil, mas também em países que seguem o mesmo paradigma proibitivo. Objetiva-se ainda, examinar os padrões organizacionais do tráfico de drogas e identificar as diferentes ações e graus de importância do pequeno, médio e grande traficante, bem como verificar a situação do sistema prisional após a entrada em vigor da Lei nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006, que incrementou a ação persecutória contra o tráfico de drogas e, conseqüentemente, os índices carcerários nos estados da federação.

3.1 CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA POLÍTICA PROIBICIONISTA DE DROGAS NO MUNDO E NO BRASIL

O uso de substâncias psicoativas pelo ser humano é universal, data de milênios atrás e foi realizado por povos e culturas distintas em diferentes contextos históricos e por razões diversas. Tal consumo nem sempre significou problemas ou motivos para alarmes sociais, pois possuía finalidades ritualísticas para determinadas religiões, terapêuticas na cura de algumas enfermidades e, para outros povos tinha finalidade recreativa, e eram entendidas como manifestação cultural e humana.

Sobre o assunto, o CONFEN – Conselho Federal de Entorpecentes, já se manifestava em textos datados de 1986 e 1988 e afirmava que:

A droga sempre foi utilizada. Sua origem se perde na história. O homem sempre procurou modificar sua visão de mundo e ampliar seu campo de percepção, utilizando-se de vários meios, entre eles o uso de produtos naturais ou sintéticos – as drogas. As motivações são as mais diversas: místico-religiosas, artístico-criativas, terapêuticas, sociais, etc. (CONFEN apud ZALUAR, et al. 1999, p. 156-157).

A droga é, na verdade, um dos meios de que o ser humano utiliza-se para motivar-se, mas existem muitas outras maneiras de ação sobre o psiquismo: as seitas, as danças, os rituais, a música, o jejum, o jogo, a arte, a poesia, compõem o “arsenal psicoativo” utilizado

pelas pessoas por diversas razões, ao longo da história, seja para alterar seu estado físico-mental, seja para ampliar o seu campo de percepção (ZALUAR et al., 1999, p. 157).

Sigmund Freud, precursor da psicanálise, escreveu sobre os motivos que levam o ser humano a consumir substâncias psicoativas em sua obra “O mal-estar na cultura”.

Para Freud (2010, p. 62), “o que estabelece a finalidade da vida é simplesmente o programa do princípio do prazer” e a vida torna-se árdua a partir do momento que impõem-se sacrifícios a esse princípio que envolve a sexualidade e agressividade naturais de todo ser humano e este com o objetivo de suportar esses sacrifícios utiliza-se das chamadas “medidas paliativas” que, para Freud, podem ser classificadas em três tipos: os derivativos poderosos, as satisfações substitutivas e as substâncias tóxicas.

Quanto às substâncias tóxicas, o criador da psicanálise, afirmava que são o meio mais “eficaz” para evitar o sofrimento e mal estar do ser humano uma vez que “influenciam o próprio organismo”. Nas palavras de Freud, existem substâncias psicoativas “cuja presença no sangue e nos tecidos nos proporcionam sensações imediatas de prazer, além de modificar de tal modo as condições de nossa vida perceptiva a ponto de nos tornarmos incapazes de perceber sensações de desprazer” (FREUD, 2010, p.66).

Assim, na linguagem psicanalítica de Freud os psicoativos são consumidos a fim de suportar os sofrimentos inerentes à condição humana e à civilização, uma vez que:

O êxito dos tóxicos na luta pela felicidade e no afastamento da desgraça é tão apreciado como benefício que tanto indivíduos quanto povos lhe concederam lugar fixo na sua economia libidinal. Não se deve a eles apenas o ganho imediato de prazer, mas também uma parcela ardentemente desejada de independência em relação ao mundo externo. Pois se sabe que com a ajuda dos “elixires de Baco” se pode sempre escapar da pressão da realidade e encontrar refúgio num mundo próprio com melhores condições de sensibilidade (FREUD, 2010, p. 66-67).

No entanto, sabe-se que muitos desses mesmos psicoativos que concedem prazer imediato são nocivos e oferecem perigos à saúde das pessoas e liberam a agressividade. A preocupação com os perigos e graus de nocividade quanto a determinadas drogas e ao mesmo tempo o aumento significativo do consumo foi, de certa forma, o alegado “estopim” para o controle de certas substâncias e de seus usuários¹.

¹ Apesar de existir certo entendimento empírico por parte do senso comum e até mesmo da doutrina quanto à “usuários” e “dependentes” de drogas, é de extrema importância esclarecer que há diferença entre os termos. A diferença básica entre ambos está na dimensão compulsiva que marca a ingestão da droga, onde os usuários utilizam-se da droga de forma recreativa, em momentos ocasionais para obter prazer e até mesmo em momentos de angústia. Dependentes, por outro lado, são obrigados ao consumo por forças físicas e psíquicas poderosas, pois possuem ambas as dependências. Para o dependente, a droga é o elemento principal responsável por regular a sua vida, enquanto que, para o usuário, a substância não é a razão maior de sua existência (WEIGERT, 2010. p. 20-21).

A temática das drogas então passou a ser tratada como problema de saúde e, enquanto tal, as chamadas “epidemias” começaram a aparecer. A sociedade europeia dos séculos XVI e XVII não aplaudia nem mesmo o uso do açúcar, do álcool, do chocolate e do tabaco. Posteriormente, no século XIX, devido à popularização do ópio e da morfina nos Estados Unidos, que serviam tanto como medicamento quanto para recreação, migrantes chineses passaram a sofrer repressão, pois eram conhecidos como “consumidores inveterados” dessas substâncias. Enquanto isso, substâncias como éter, cocaína e morfina eram consumidas deliberadamente por brasileiros intelectuais e elitizados, sendo que a maconha era o “ópio do pobre”, embora o porte e a venda de drogas sejam criminalizados no Brasil desde 1921 (ZALUAR et al. 1999, p. 130-131).

O chamado “problema público” do tóxico iniciou-se nos Estados Unidos com a “epidemia da heroína” em 1950 (ZALUAR et al. 1999, p. 130-131).

Os movimentos contraculturais foram responsáveis pela expansão do consumo de determinadas drogas, uma vez que estas, assim como determinados ramos musicais, bem como a expansão da consciência foram transformados em estilos de vida. No Brasil, a maconha ou “ópio do pobre”, como era conhecida, tornou-se hábito entre jovens da classe média ainda durante a década de 1970. Nem mesmo a repressão autoritária da época impediu tal disseminação e uma década mais tarde a cocaína passou a ser utilizada (ZALUAR et al, 1999, p. 131). Neste sentido, observe-se que:

O resultado dessas epidemias foi a estruturação de um mercado de produção, distribuição e consumo de drogas “leves” cujos números, contornos, mecanismos de ajuste das curvas da oferta e demanda e processos de operação são, em enorme extensão, desconhecidos da pesquisa empírica (ZALUAR et al, 1999, p. 131).

Assim, a fim de controlar drogas e seus consumidores, a medicina científica moderna e o Estado atrelaram-se como instâncias máximas de repressão criando o chamado “modelo proibicionista de drogas” (NERY FILHO, 2012).

Para Salo de Carvalho, a origem histórica da legislação proibicionista é inexistente, uma vez que o processo que criminaliza determinadas substâncias é “moralizador e normalizador”. Entretanto, é possível captar elementos punitivos em certos momentos da história que foram decisivos para a construção da legislação proibitiva (CARVALHO, 2010, p. 10).

Segundo informações do Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime - UNODC, o controle internacional sobre narcóticos e substâncias psicotrópicas remonta ao início do século XX e, como já mencionado, a preocupação inicial era com a disseminação e o alto índice de consumo do ópio, bem como, com as conseqüências para a saúde do usuário.

Foi neste momento histórico que muitos países reuniram-se pela primeira vez para discutir o problema das drogas na Comissão do Ópio de Xangai, em 1909 (UNODC, 2012).

Em 1880 a prata, que era moeda de troca, estava escassa e os ingleses passaram a usar o ópio como pagamento na comercialização de produtos. Geralmente comprado na Índia e revendido aos chineses, o ópio chegou a representar um sexto dos recursos externos dos ingleses. Ocorre que, através desse comércio iniciou-se uma epidemia e as consequências indesejadas à saúde das pessoas passaram a ficar evidentes: em 1906, aproximadamente um quarto da população chinesa masculina adulta era dependente do ópio, resultando na maior epidemia, criada pelo excesso de consumo de drogas, já enfrentada por um país registrada na história. A partir da Comissão de Xangai, passou-se a dar mais importância ao uso de determinadas substâncias psicoativas e a restrição sobre elas passou a ser maior (UNODC, 2012).

Historicamente os Estados Unidos da América demonstrou e por vezes exaltou seu patriotismo e puritanismo, traduzidos, não raramente na xenofobia e repúdio às minorias. Neste contexto, o aumento da produção do ópio e seu uso associado às minorias incentivaram os Estados Unidos da América a liderar a campanha pela supressão gradual do comércio internacional dessa substância, a qual desencadeou a realização de uma série de eventos internacionais envolvendo outros países para o debate em torno da questão – os Encontros de Xangai, em 1906 e 1911, e as Conferências em Haia, em 1912 e 1914 (ALVES, 2012).

O discurso proibicionista norte-americano conquistava hegemonia à medida que Convenções internacionais eram firmadas para a repressão do comércio e o consumo de drogas – ópio, morfina, cocaína e toda substância que pudesse levar ao uso abusivo (ALVES, 2012).

Em 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU) consolidou políticas públicas sobre drogas com orientação proibicionista, representando um importante marco histórico para a consolidação da política proibicionista em torno da questão das drogas (ALVES, 2012).

Um ano depois foi criada pela ONU a Comissão de Narcóticos (CDN). Esta por sua vez tinha a função de formular políticas visando o fortalecimento do sistema proibicionista internacional de drogas. Tal comissão organizou três Convenções Internacionais (Nova Iorque, 1953; Viena, 1954; Viena, 1988) – conhecidas como as Convenções-Irmãs da ONU – objetivando construir um programa-modelo a ser seguido pelos estados-membros no que tange à questão das drogas (ALVES, 2012).

A primeira delas, Convenção Única sobre Estupefacientes², aprovada em Nova Iorque em 1961, instituiu um amplo sistema internacional de controle das drogas, estabelecia prazos para que o ópio fosse eliminado (15 anos), bem como a cocaína e a *cannabis*³ (25 anos), mas isso não aconteceu. Tinha por objetivo combater o tráfico e abuso de tais drogas por meio de ações internacionais coordenadas, ou seja, exigia que os países signatários incorporassem em suas legislações internas as medidas nela previstas (BOITEUX et al, 2012).

O motivo para esse amplo controle, segundo o preâmbulo da própria convenção, era “a preocupação com a saúde física e mental das pessoas”. No entanto, o único meio empregado era, exclusivamente, a absoluta *tentativa de proibir a oferta e a procura do ópio, coca e cannabis* e a resposta a quem violasse tais determinações era a repressão penal (BOITEUX et al, 2012).

Em 26 de março de 1972, em Genebra, firmou-se protocolo que modifica e aperfeiçoa a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961. Este protocolo altera a composição e as funções do Órgão Internacional de Controle de Entorpecentes, amplia as informações que devem ser fornecidas para o controle da produção de entorpecentes naturais e sintéticos e salienta a necessidade de tratamento que deve ser fornecida ao toxicômano (NEVES, 2012).

Destaca-se que mais de dez anos depois de instituírem a Convenção Única sobre Entorpecentes, considerado um rígido sistema antidrogas, é que se registrou a necessidade de tratamento para os “drogados” (BOITEUX et al, 2012).

A segunda Convenção incluiu as substâncias psicotrópicas ao rol acima citado, foi chamada Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e também nasceu da preocupação do uso desmedido e diversificado de drogas. Note-se que até então eram controlados somente o ópio, a coca e a *cannabis*. Outras formas de controle foram criadas de

² Os termos “estupefaciente”, “entorpecente” e “droga” sempre foram utilizados de forma indistinta pelas Convenções internacionais. “Drogas” são substâncias capazes de alterar física ou psicologicamente o funcionamento de um organismo (MICHAELIS, 2012). “Entorpecentes” são a classe de drogas psicotrópicas capazes de produzir alterações da sensibilidade, sonolência, inércia física e outros sintomas relacionados ao funcionamento do sistema nervoso central (depressor) geralmente provocados pela morfina e seus derivados (MICHAELIS, 2012). “Estupefaciente” ou “estupefação” é um dos efeitos dos entorpecentes. Dessa forma, todos os entorpecentes possuem efeito estupefaciente e **incluem-se** no termo “drogas”, ou “drogas psicotrópicas” (MICHAELIS, 2012). Porém nem toda droga é entorpecente ou estupefaciente.

Buscando solucionar as questões levantadas pelos profissionais da saúde e visando melhor adequação técnica, a Lei nº. 11.343/2006 passou a utilizar somente o termo “droga” ao tratar das substâncias e produtos capazes de causar dependência (BIZZOTTO et al, 2010, p. 05-06).

Não é possível definir a palavra “droga” corretamente, pois esta é “utilizada de maneira genérica para incluir toda uma série de substâncias muito distintas entre si” (OLMO, 2012). Ocorre que a unificação da nomenclatura diminui as confusões relacionadas aos conceitos e facilita a interpretação dos dispositivos (BIZZOTTO et al, 2010, p. 06).

³ Alusão à *cannabis sativa*, popularmente conhecida como maconha.

acordo com o potencial de dependência e poder terapêutico e entorpecentes como as anfetaminas e o LSD foram abrangidos pela repressão (NEVES, 2012).

O final da década de 80 tornou-se o ápice do sistema internacional de controle sobre drogas, pois os países passaram a considerar a questão das drogas um desafio coletivo e global que deveria ser enfrentado de maneira cooperativa e co-responsável (BOITEUX et al, 2012).

Em 1988 foi aprovada a terceira Convenção denominada Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Tal convenção complementou as Convenções de 1961 e 1972 e preocupava-se mais com relação ao tráfico de drogas, assim, criou medidas a fim de combater o tráfico, a lavagem de dinheiro e fortaleceu o controle de precursores químicos, acrescentando o éter etílico e a acetona no rol das substâncias controladas. Essa convenção também posicionava-se sobre a cooperação internacional para a extradição de traficantes de drogas, seu transporte e procedimentos de transferência (NEVES, 2012).

Foi nesta Convenção que vários termos bélicos apareceram, tais como: “guerra às drogas”, “combate” aos traficantes, repressão e “eliminação” nas leis penais. Passou-se a associar o tráfico ilícito de drogas às “organizações criminosas”. Alguns consideravam, inclusive, que o tráfico “minava as economias lícitas e ameaçava a segurança e soberania dos Estados, bem como invadia, contaminava e corrompia as estruturas da Administração Pública”, entre outros termos (BOITEUX et al, 2012).

Como já mencionado a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Psicotrópicos de 1988 exigia que os países signatários fizessem o que fosse necessário para combater o tráfico, assim recomendava que em suas leis internas tipificassem como crime: a produção, a venda, o transporte e a distribuição das substâncias incluídas no rol das Convenções de 1961 e 1971 (BOITEUX et al, 2012).

Desta forma, muitos países contemplaram de forma muito parecida ou quase uniforme a definição de tráfico em suas leis penais:

A partir da década de 80, toda a região sancionou leis antidrogas muito parecidas, em geral por pressão da agência estadunidense especializada, configurando uma legislação penal de execução análoga a que antes havia sido empregada contra o terrorismo e a subversão. Estas leis, que em sua maioria permanecem em vigor, violaram o princípio da legalidade, multiplicaram verbos conforme a técnica legislativa norte-americana, associaram participação e autoria, tentativa, preparação e consumação, desconhecaram o princípio da ofensividade, violaram a autonomia moral da pessoa, apenaram enfermos e tóxico-dependentes...” (ZAFFARONI apud BOITEUX, 2012).

A Convenção de 1988 estabeleceu muitas mudanças, tais como: previsão legal da proibição e apreensão de equipamentos e materiais utilizáveis na produção de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, criminalização da incitação pública do uso de drogas, punição para os participantes do crime de tráfico, associação, tentativa, cumplicidade e assistência para a prática de tal delito (BOITEUX et al, 2012). Vale ressaltar que foi nessa Convenção que o usuário de drogas foi citado pela primeira vez e que a posse, a compra ou o cultivo para uso pessoal de drogas foi considerado também como tráfico.

Apesar de reservar aos países signatários a decisão de criminalizar ou não a posse de determinadas substâncias, bem como recomendar que fossem aplicadas sanções proporcionais à gravidade do delito, a maioria dos países optou, no início, por criminalizar e as sanções, as quais nunca foram tão proporcionais assim (BOITEUX et al, 2012).

A questão dos usuários é bastante complexa, ainda mais quando estudada sob o enfoque dos princípios de direitos humanos. Nesse sentido, observa-se que a própria imagem construída pela mídia quanto à figura do consumidor de drogas já é estigmatizadora e preconceituosa. A prisão ou qualquer outra retaliação aos usuários é ineficaz e alcança o único fim de estigmatizar e aumentar o preconceito que eles já sofrem por serem usuários ou dependentes. Nas palavras de Nilo Batista, “o sistema penal é absolutamente incapaz de qualquer intervenção positiva sobre o viciado” (BATISTA, 1990, p. 66).

Pensando assim, muitos países já adotaram práticas consideradas mais liberais com relação à posse e ao uso de determinadas substâncias, priorizando políticas como a de redução de danos⁴, por exemplo. No entanto, devido à complexidade que permeia o assunto, tais práticas ainda são acanhadas e caminham a passos lentos (BOITEUX et al, 2012).

Sobre o sistema de repressão às drogas pode-se dizer que muitos órgãos foram criados no mundo todo a fim de controlar a “evolução mundial do fenômeno do abuso e tráfico de drogas” (BOITEUX et al, 2012).

⁴ Opostos aos pilares da política proibicionista, o modelo de redução de danos tem como principais características: “a) Pragmatismo: o uso de determinadas substâncias para alteração da consciência é inevitável e certo nível de consumo de drogas é normal em uma sociedade, motivo pelo qual muitas vezes é mais factível conter os danos do que tentar eliminar as drogas; b) Valores humanitários: respeito à dignidade e aos direitos do consumidor de drogas; c) Avaliação dos danos: imprescindível analisar-se o caso para ver se é mais importante a redução do consumo ou a modificação da maneira como é usada a droga; d) Balanço de custos e benefícios: deve-se analisar uma série de variáveis a fim de medir o impacto do projeto de redução de danos, a curto e longo prazos, inclusive para calcular seus custos em comparação a outras medidas; e e) Hierarquia de objetivos: o intuito é o de analisar prioridades e começar o trabalho exatamente por elas”. Na política de redução de danos parte-se do princípio de que “existem (e sempre existirão) usuários (dependentes ou não) que, seja pelo motivo que for, não abandonarão as drogas. Optam pelo consumo e assim permanecerão, razão pela qual defini-los como delinquentes ou doentes em lugar de meros consumidores significa frear o movimento no sentido de respeitar seus direitos como cidadãos” (WEIGERT, 2010, p. 116-117).

Com o intuito de discutir e ratificar as Convenções Irmãs, em 1998 a ONU convocou uma Sessão Especial da Assembléia Geral (UNGASS). Além de ratificar ditas Convenções, também estabeleceu a meta de erradicação do cultivo de plantas e vegetais para a produção de drogas ilícitas, uma estratégia considerada chave para a supressão do consumo de drogas ilícitas no mundo (ALVES, 2012).

A meta da UNGASS intitulava-se “Um mundo livre das drogas: nós podemos fazê-lo” e estabelecia o ano de 2008 como prazo para o alcance desses objetivos. Em 2003, tanto a meta quanto o prazo para atingi-la foram reafirmados pela ONU (ALVES, 2012).

No ano de 2009, a Comissão de Narcóticos (CND) das Nações Unidas fez uma análise sobre os progressos quanto às metas e objetivos que foram estabelecidos dez anos antes (UNODC, 2012). O relatório foi apresentado pelo UNODC e afirmou que progressos significativos foram atingidos nesses dez anos, mas não em todas as regiões. Observou-se ainda uma tendência mundial de estabilização na produção, no tráfico e no consumo de drogas. Desta feita, os países decidiram renovar o compromisso da UNGASS de 1998, estipulando um prazo até 2019, comprometendo-se através de um documento em "minimizar e, eventualmente, eliminar a disponibilidade e o uso de drogas ilícitas".

3.1.1 Políticas de drogas no Brasil

No Brasil, determinados elementos punitivos podem ser verificados nas Ordenações Filipinas que no Livro V, título LXXXIX, previa ser proibido “ter ou vender rosalgar ou outro material venenoso” (CARVALHO, 2010, p. 10-11).

Mais tarde, com a Codificação da República, regulamentaram-se vários crimes contra a saúde pública, dentre eles, o artigo 159, do Código de 1890, proibia “expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários, sendo que a pena para tal delito era a de multa (CARVALHO, 2010, p. 11).

A partir de 1932, as Leis Penais passam a tratar com maior rigor os delitos contra a saúde pública e é acrescentado um total de 12 (doze) parágrafos ao artigo 159, do Código de 1890. Assim, além da pena de multa, a prisão celular é acrescida. A expressão “substâncias venenosas” foi substituída por “substâncias entorpecentes”, aumentaram-se os verbos criminalizadores, penas de prisão foram acrescidas e a “venda e subministração” de entorpecentes foram determinadas pelo Departamento Nacional de Saúde Pública. Desta feita,

surgiu o novo modelo proibicionista de drogas ilícitas que foi amparado nos Decretos nº 780/36 e 2.953/38 (CARVALHO, 2010, p.11-12).

Na década de 40 é que surge a “política proibicionista sistematizada” sobre drogas, tendo em vista que o ingresso do Brasil como signatário do “modelo internacional de controle” de entorpecentes ocorreu dois anos antes, em 1938, com o Decreto Lei nº 891/38 que foi elaborado a partir da Convenção de Genebra, em 1936, e que passa a regulamentar a produção, o tráfico e o consumo de substâncias psicoativas, bem como a proibição das mesmas (CARVALHO, 2010, p. 12).

O assunto volta a ser revisado com o Código Penal de 40, através do Decreto Lei nº. 2.848/40, que previa como crime em seu artigo 281: “importar ou exportar, vender ou expor a venda, fornecer, ainda a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (CARVALHO, 2010, p. 12). O Decreto Lei nº. 4.720/42 e a publicação da Lei nº. 4.451/64 colocam a ação de plantar no rol criminalizador.

Entre as décadas de 50 e 60, havia a preocupação de que o Brasil se tornasse rota internacional do tráfico de drogas:

Registram temores, de que o Brasil em futuro próximo, seja o país visado para a fixação das rotas internacionais, por apresentar condições geográficas propícias ao tráfico de drogas e um campo adequado para a disseminação de tóxicos, dada a sua extensão territorial, o seu desenvolvimento, os hiatos populacionais em grandes trechos, suas condições geográficas e as dificuldades de policiamento ao longo da costa (LIMA apud BRITO, 2012).

Assim, nesta época, com a pressão de outros países, a necessidade de repressão às drogas ilegais passa a ser amplamente discutida e, após a Ditadura Militar, com a aprovação e promulgação da Convenção Única sobre Entorpecentes pelo Decreto 54.216/64, ocorre oficialmente a entrada do Brasil no combate internacional às drogas (CARVALHO, 2010, p. 13).

Para Nilo Batista (1990, p. 59), o Brasil acatou o discurso “histórico e cego” dos Estados Unidos que se colocou como país-vítima, pois sempre importou a droga e acabava por pressionar os chamados países agressores da América Latina, pois estes exportavam a droga ou facilitavam o tráfico. Assim, os Estados Unidos construíram a política repressiva às drogas e os demais países receberam-na. No entanto, o mesmo autor observa, com muita propriedade, que os problemas enfrentados pelos Estados Unidos com relação às drogas não são os mesmos problemas que os países latino-americanos enfrentam, muitas vezes é o oposto.

Nenhuma providência tomada até então foi considerada suficiente e, na visão dos analistas e pela leitura das estatísticas oficiais, o consumo de drogas só fazia aumentar, motivo pelo qual o Congresso Nacional brasileiro editou a Lei nº. 5.726, de 29 de outubro de 1971, intitulada popularmente como “Lei Anti-Tóxicos”. Tal lei criou um sistema processual próprio, de rito sumário, modificando assim o artigo 281, do Código Penal de 1940 e este serviria apenas como subsídio a esta lei (CARVALHO apud BRITO, 2012).

A Lei nº. 5.726 foi criada com o objetivo de diminuir o consumo e o tráfico de drogas, a partir da previsão de medidas preventivas e repressivas e como solução para este problema impunha a internação dos dependentes de drogas. Ocorre que a quantidade de “viciados” era bastante alta e o estado não contava com a infra-estrutura necessária, nem hospitais que suportassem tal quantidade de dependentes (CARVALHO apud BRITO, 2012).

A Lei nº. 6.368, de 21 de outubro de 1976, resultou de muitas alterações legislativas, foi estabelecida no governo militar do presidente Ernesto Geisel e as políticas de enfrentamento à questão das drogas na vigência desta lei são baseadas, principalmente, na redução da oferta de tais substâncias. No período em que esta lei ficou em vigência as ações governamentais tinham um enfoque repressivo e tentavam controlar o tráfico e o uso de drogas através da redução da oferta das substâncias. Assim, eram enviados à prisão tanto usuários, quanto traficantes (GARCIA et al, 2012).

A ideologia, durante a vigência da Lei nº. 6.368/76, era a de diferenciação moralizadora, onde usuários eram tratados como doentes e os traficantes como delinquentes. Entretanto, foi nesse período que se agregou à figura do traficante o papel de inimigo interno do Estado, impondo às agências punitivas o dever de exterminá-lo (CARVALHO, 2010. p. 21).

Muitas estratégias foram adotadas, diversos decretos foram editados, criaram-se variados sistemas, conselhos, comissões e afins com o objetivo de prevenir, fiscalizar e reprimir tanto usuários quanto traficantes. Percebe-se que todas as estratégias promovidas pelo governo brasileiro tiveram a finalidade de demonstrar à comunidade internacional que o combate às drogas era prioridade do governo. Entende-se ainda, que todas as políticas e legislações atinentes à questão das drogas tiveram viés repressivo (GARCIA et al, 2012).

A entrada em vigor da Constituição de 1988 manteve o tratamento repressivo ao traficante, haja vista que a Carta Magna determina essa conduta como crime inafiançável e insuscetível de graça ou indulto. Com a edição da Lei dos Crimes Hediondos – Lei nº. 8.072 de 1990, foi vedada a concessão de liberdade provisória aos acusados por tráfico de drogas. A mesma lei determinou que a pena privativa de liberdade fosse cumprida em sua integralidade

sob o regime fechado e que o livramento condicional só pudesse ser requerido pelo condenado que já tivesse cumprido mais de dois terços da pena.

Em 2002, com a entrada em vigor da Lei nº. 10.409, o legislador brasileiro criou mais uma lei sobre o tema, prevendo nova regulamentação sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao trato ilícito de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica. Complementar a essa lei, editou-se em 08 de outubro de 2003, a Lei nº. 11.343 com a finalidade de instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, o qual prevê, dentre outras ações: articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do consumo indevido de drogas, bem como objetiva promover a reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

Como já mencionado, as mais variadas estratégias foram criadas pelo governo brasileiro, instituídas por diversos documentos, no entanto, a política anti-drogas no Brasil sempre concentrou-se na repressão e mais que isso, na punição de viciados e pequenos traficantes. Com isso, tanto o uso como o comércio ilegal de drogas alastrou-se geometricamente e “além de não ter sido contido ou eliminado o uso e a venda de drogas, se nota que os problemas sociais decorrentes da manutenção do mercado ilícito de drogas são ainda mais graves do que alhures” (BOITEUX et al, 2012).

3.2 A “ESTRUTURA PIRAMIDAL” DO COMÉRCIO DE DROGAS NO BRASIL E NO MUNDO

Existem dois eixos principais que norteiam a questão do comércio das drogas ilícitas no Brasil: a oferta e a procura. O consumo está centralizado no usuário e em suas diferentes espécies e a oferta está centrada no tráfico ilícito de determinadas substâncias psicoativas, bem como em todas as ações necessárias para a sua realização (ZALUAR et al. 1999, p. 151).

Não restam dúvidas de que o tráfico internacional de drogas é um dos negócios mais rentáveis, organizados e poderosos do mundo. Movimenta milhões de dólares, infiltra-se no serviço público dos países envolvidos, favorece outras práticas criminosas, vinculadas ou não à proteção e reprodução da sua própria estrutura. Entre as drogas mais produzidas na América Latina (maconha e cocaína), somente uma pequena quantidade delas é aqui consumida uma vez que na América do Norte o preço alcançado por elas é bem mais alto. O autor chega a comparar o mercado das drogas ao dos alimentos: “as chamadas leis do

mercado são inexoráveis e funcionam para as drogas assim como funcionam para os alimentos”. Isto porque muitos dos alimentos aqui produzidos são exportados a preços elevados haja vista o latino-americano não ter dinheiro suficiente para consumir tais alimentos, assim como não o tem para consumir toda a droga aqui produzida (BATISTA, 1990, p. 60).

No Brasil, o tráfico de drogas funciona de forma peculiar, haja vista que o país não é um grande produtor de drogas, mas é usado como rota de passagem da cocaína produzida nos países vizinhos: Peru, Bolívia e Colômbia, com destino a América do Norte e Europa, os maiores consumidores (BOITEUX et al, 2012).

As últimas pesquisas demonstram o aumento significativo do consumo de drogas no Brasil, principalmente de maconha e cocaína. Apesar do consumo interno do país ser muito inferior ao dos maiores consumidores mundiais, o mercado da droga está plenamente operante, a distribuição do produto nos grandes centros tornou-se o negócio mais rentável e “é a atividade que absorve grande parte dos excluídos do sistema econômico, ou seja, de trabalhadores informais à margem da atividade lícita” (BOITEUX et al, 2012).

Para Luciana Boiteux et al:

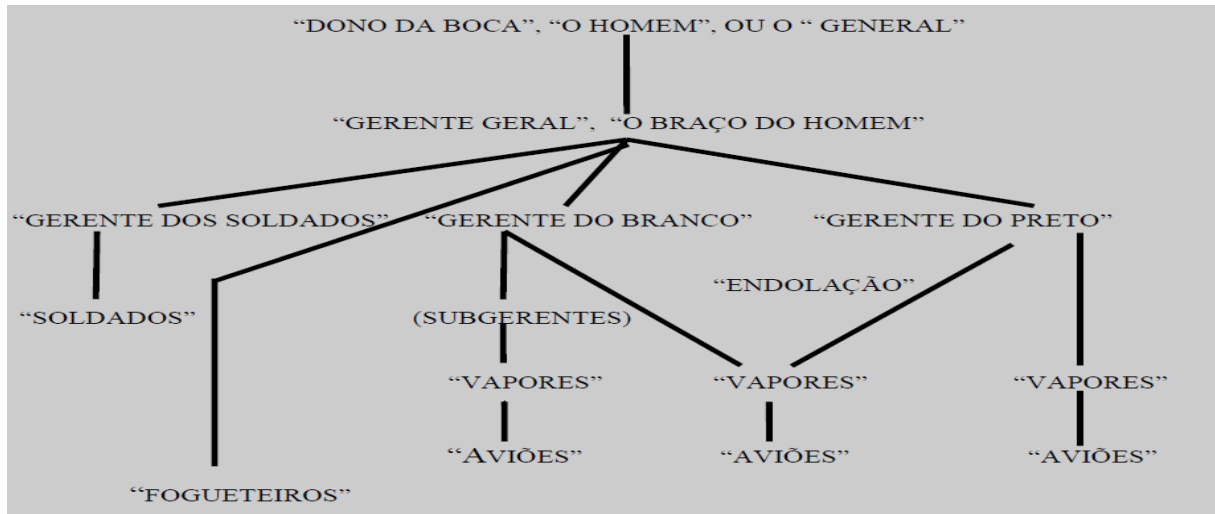
A atividade econômica ligada ao tráfico de drogas no Brasil é fortalecida pela falta de perspectiva, desemprego e exclusão, o que leva jovens e agricultores ao negócio da droga, que mesmo ilícito, ou talvez por isso, permite o aumento do lucro e dá oportunidades de vida a pessoa sem acesso ao mercado de trabalho formal, e ainda paga salários superiores ao mercado formal. (BOITEUX et al, 2012)

O artigo de autoria de Michel Misse (1997), intitulado “As Ligações Perigosas: Mercado Informal Ilegal, Narcotráfico e Violência no Rio”, apresenta fatores relevantes quanto à organização do mercado informal ilegal do narcotráfico no Rio de Janeiro, mas que, como examinar-se-á no decorrer deste trabalho, é semelhante em todo o país e também no exterior.

Sobre a organização do comércio ilegal de drogas, Michel Misse afirma que no Rio de Janeiro começou com o “Comando Vermelho”, passou por várias etapas, mas mantém uma estrutura local parecida. Tal estrutura se mantém mesmo quando uma rede maior, que comanda várias áreas, é modificada. Assim, “não há mais uma rede geral, como parece ter havido no início dos anos 80, nem jamais houve uma única liderança reconhecida em todas as áreas e por todos os donos” (MISSE, 2012).

A estrutura interna em cada área onde se comercializa informalmente as drogas ilegais obedece a um mesmo padrão básico:

Figura 1 – Estrutura interna do tráfico de drogas



Fonte: MISSE, 2012.

O quadro acima apresenta a estrutura piramidal do tráfico de drogas, pois percebe-se que o “dono” e seus “gerentes” estão no primeiro nível da hierarquia, os “vapores” e “aviões” (vendedores diretos) formam o segundo nível e os “endoladores”, alguns dos “aviões” de ocasião e os “fogueteiros, o último nível na hierarquia (MISSE, 2012).

Na estrutura montada por Misse, as linhas demonstram duas hierarquias sobrepostas: a de distribuição e a econômica, onde o “dono da boca”, “homem” ou “general” que se encontra no primeiro nível da hierarquia é aquele que comanda/controla a “área”. O “gerente geral” é o principal responsável pelo negócio e é também o braço direito do “dono”. O “gerente” também está no primeiro nível da pirâmide e responsabiliza-se pela arrecadação geral, pela contabilidade, pelos pagamentos e pela distribuição da droga para os demais “gerentes” (MISSE, 2012).

A partir dos “gerentes” é que a droga é distribuída aos “vapores”, geralmente em pequenas quantidades, e estes vendem para os clientes habituais ou para os “aviões”. “Aviões e “vapores” formam o segundo nível da pirâmide (MISSE, 2012). Dessa forma, a estrutura do tráfico de drogas funciona sempre de uma única maneira:

A estrutura de passagem da mercadoria é uma só, de cima para baixo: o “dono” compra de outro “dono”, à vista ou em consignação, ou diretamente de diferentes fornecedores regulares ou de ocasião, à vista. Passa, em geral, por consignação contabilizada, ou por venda, ao “gerente geral”. Este faz o mesmo (geralmente por consignação) aos “gerentes” da cocaína (“gerente do pó” ou “gerente do branco”) e da maconha (“gerente do preto”). Esses fazem o mesmo, também por consignação, ou a um subgerente (que terá seus “vapores”) ou diretamente aos “vapores”. Nesta etapa, a distribuição por “vapor” é de cerca de quatro ou cinco “cargas” (um total médio de 1200, 1500 “papelotes” por “vapor”), podendo aumentar ou até dobrar em festas, bailes, finais de semana. O “gerente do branco” é quem geralmente contrata e paga os trabalhadores que fazem a “endolação”, muitas vezes pessoas sem outro envolvimento com o “movimento”: mães de família, parentes, amigos, uma parte

dos quais também trabalhadores assalariados no “mercado formal”. Os “vapores” já recebem as cargas “endoladas”, vendem uma parte diretamente (para fregueses habituais que compram em maior quantidade), mas, em geral, passam a maior parte em consignação, para os “aviões” locais, e à vista para os “aviões de fora (MISSE, 2012).

O “gerente dos soldados”, que também aparecem na estrutura de Misse, é responsável por contratar e pagar “soldados”, controlar o armamento e o depósito de armas e munições e distribuir tais armamentos aos “soldados”. Cabe aos “soldados” manter a ordem interna da estrutura, proteger o serviço dos gerentes e dos vapores, bem como defender a “área” e invadir outras, se necessário. O “gerente geral” é quem paga o “gerente dos soldados” e este é submisso àquele (MISSE, 2012).

Os “fogueteiros” estão no nível mais baixo da pirâmide e, na maioria das vezes, são crianças e adolescentes que recebem do “gerente geral” para soltar fogos sinalizando a chegada de um novo carregamento de drogas, a aproximação da polícia ou de um grupo rival armado (MISSE, 2012).

À vista geral dessa organização observa-se que:

Essa estrutura se repete em todas as áreas e foi montada na primeira fase do tráfico, quando o Comando Vermelho controlava não só os presídios como as “áreas de fora”. Uma pesquisa de como se estabeleceu esse padrão ainda está por ser feita, mas ele parece resultante de alguma mistura de formas de organização no interior das penitenciárias com a estrutura territorial e infraterritorial do jogo do bico, articuladas com estratégias aquisitivas “oportunistas” e “rápidas” de “acumulação primitiva” individualista (para “donos” e “gerentes”) ou de mais sobrevivência, poder pessoal e consumo (para o resto do “movimento”) em “redes” mais ou menos abrangentes. O potencial de permanência dessas estratégias deve-se menos à impunidade e mais a permanente rotatividade de quadros e ao grande poder de atração que exercem sobre muitos jovens pobres dessas áreas (MISSE, 2012).

Segundo Luciana Boiteux et al (2009), o fenômeno do comércio informal e ilegal de drogas é bastante complexo, pois possui “particularidades de uma estrutura hierarquizada que segue modelos organizacionais distintos, que envolve diferentes graus de participação e importância” (BOITEUX et al, 2012).

Nos países centrais a estrutura do tráfico de drogas se assemelha, não é organizada de forma vertical, onde o importador venderia diretamente ao usuário, mas sim uma “estrutura piramidal”, pautada em diversas funções, construindo várias “redes” do tráfico. Isso ocorre porque os(as) trabalhadores desempenham as vezes papéis insignificantes e, em outras situações, papéis que possuem o “domínio do fato final” devido a sua importância. Na “estrutura piramidal” o importador passa a droga para o atacadista e este repassa para os revendedores (BOITEUX et al, 2012).

É importante ressaltar que existem algumas diferenças quanto à organização desse comércio, quais sejam: os tipos de drogas (drogas comercializadas em Brasília não é a mesma

no Rio de Janeiro, por exemplo), em alguns estados, como São Paulo, o tráfico é dividido por área socioeconômica (o tipo de droga vendida em cada região depende do poder de aquisição dos compradores e costume de cada região), dentre outras particularidades. Percebe-se assim, que o comércio ilegal de drogas é “adaptado às configurações locais” (BOITEUX et al, 2012).

Sabe-se que muitos jovens participam do tráfico de drogas para sustentar o próprio vício e, na maioria das vezes, apresentam índices de vulnerabilidade social: são pobres, desorganizados e considerados pelos traficantes como absolutamente *descartáveis*, uma vez que estão nos níveis mais baixos da hierarquia que estrutura esse comércio. Assim, os pequenos e microtraficantes não interferem na estrutura final da organização, pois são substituíveis em casos de prisão ou morte, consideradas situações normais de “danos colaterais” que demandam do tipo de negócio e que são *facilmente* administráveis (BOITEUX et al, 2012).

Dados apontam que o tráfico de drogas é altamente lucrativo no atacado, mas apenas para alguns empresários que investem, comandam a produção, o comércio e a lavagem de dinheiro. Os casos *desmontados*, que foram objetos de julgamento, mostram que os empresários do tráfico, que comandam essas empresas criminosas, não estão nas favelas ou em áreas mais pobres, como os pequenos e microtraficantes. Eles ocupam os níveis mais altos da hierarquia, possuem o poder de corromper os policiais e exercem forte pressão sobre os pequenos e microtraficantes (elos mais fracos da pirâmide). Os fatores que mais contribuem para facilitar a corrupção policial pelos traficantes de drogas podem ser listados: o tráfico é uma atividade que gera lucro rápido, informal e alto para os policiais; há claras dificuldades de repressão ao tráfico, por conta de ser um crime com diversos níveis de organização e infiltrado e vários níveis de poder; o fato da maioria dos policiais serem mal remunerados e possuírem menos armas que os traficantes (BOITEUX et al, 2012).

Além disso, é o policial que filtra os casos que chegarão à justiça e por consequência escolhem aqueles que irão à prisão. Neste sentido, Alba Zaluar conclui:

Devido às nossas tradições inquisitoriais, a criminalização de certas substâncias, como a maconha e a cocaína, conferiu à polícia um enorme poder. São os policiais que decidem quem irá ou não ser processado por mero uso ou por tráfico, porque são eles que apresentam as provas e iniciam o processo... (ZALUAR apud BOITEUX et al, 2012).

Destaca-se que, para os policiais, é mais fácil prender os pequenos e microtraficantes que são vendedores de rua e varejistas, pobres, desorganizados, mais numerosos e fáceis de alcançar, do que os traficantes, que são os atacadistas. A figura abaixo demonstra os dois níveis de comercialização de drogas (PORET apud BOITEUX et al, 2012):

Figura 2 – Níveis de comercialização de drogas

VARIÁVEIS	TRAFICANTE	VAREGISTA
CUSTO DA SANÇÃO	ALTO	BAIXO
LUCRATIVIDADE POR UNIDADE	BAIXA	ALTA
QUANTIDADE NEGOCIADA	ALTA	BAIXA
RISCO DE PRISÃO	BAIXO	ALTO

Fonte: PORET apud BOITEUX et al, 2012.

Desta feita, o poder está com o policial que efetua a prisão e faz o primeiro julgamento e não com o magistrado que julga e aplica a pena, pois este não saberá de fato de que maneira ocorreu a prisão e na grande maioria das vezes a palavra do policial é que vale. O policial realiza a prisão “de acordo com as possibilidades de efetuar a mesma e, eventualmente, de acordo com a situação financeira do suspeito” (BOITEUX et al, 2012). Assim é possível concluir que:

O formato da lei penal parece contribuir para tal ocorrência, quando estabelece tipos penais abertos e penas desproporcionais, pois concede amplos poderes ao policial, tanto para optar entre a tipificação do uso e do tráfico, como ao não diferenciar entre as diversas categorias de comerciante de drogas. O resultado dessa equação é que o Poder Judiciário, além de aplicar uma lei extremamente punitiva e desproporcional, tem a sua atuação limitada pela corrupção, que filtra os casos que chegam ao seu conhecimento, sendo este um ciclo vicioso que muito tem contribuído para a superlotação das prisões com pequenos traficantes pobres, e para a absoluta impunidade dos grandes (BOITEUX et al, 2012).

A quantidade e o tipo de droga apreendida é outra questão complexa a ser analisada, pois esses são fatores que praticamente não influenciam diretamente na pena abstrata cominada ao tipo penal, quando muito servem para aumentar, de forma desproporcional, a pena aplicada (BOITEUX et al, 2012).

Assim, existem casos em que o indivíduo foi enquadrado como traficante por portar 02 (dois) gramas de maconha e outros onde o indivíduo foi enquadrado como usuário em posse de quase 02 (dois) quilos da mesma droga. Essa indefinição pode ser constatada tanto na lei, quanto nas ações policiais e só serve para aumentar o poder *discricionário* dos policiais e abrir portas à corrupção (ZALUAR et al. 1994. p. 112).

A exclusão social e a violação dos direitos humanos, principalmente dos pequenos traficantes, ficam reforçadas pela indeterminação da lei, pois esta permite que sejam aplicadas penas desproporcionais, haja vista que casos diferentes são tipificados da mesma forma. Os

policiais detêm o poder de escolher quem mandarão à prisão e a prisão provisória é aplicada de forma automática, pois a “lei veda a liberdade provisória e as penas alternativas, em interpretação literal de duvidosa constitucionalidade” (BOITEUX et al, 2012).

A associação para o tráfico de drogas equipara-se ao crime organizado, que por sua vez, ainda não tem um conceito definido, o que amplia de forma significativa a repressão. Além do mais, na esfera jurídica não há diferenciação entre pequeno, médio e grande traficante, os tipos penais são genéricos, não há proporcionalidade na aplicação das penas e a pena de prisão é banalizada ao passo que o comércio informal e ilegal de drogas é adaptado à economia e às diversidades locais, sendo organizado de forma piramidal com uma estrutura que contém pequeno, médio e grande traficante (BOITEUX et al, 2012).

Finalmente, observa-se que se por um lado o comércio, a produção e o consumo interno de drogas aumentam seus lucros, de outro lado a alienação da esfera jurídica e em especial a falta de proporção das penas aplicadas resultam na superlotação das penitenciárias, entre outras conseqüências, assunto que será aprofundado no próximo tópico.

3.3 CONSEQUÊNCIAS DA POLÍTICA PROIBICIONISTA NO BRASIL

Pode-se afirmar que a atual política proibicionista de drogas é de perseguição, haja vista, “utilizar-se de termos bélicos como “guerra às drogas”, “combate aos traficantes”, eliminação do uso e comércio de drogas”, entre outros termos (BOITEUX et al, 2012). A história das drogas é regada a perseguições. No século XIX, a perseguição dos Estados Unidos aos migrantes chineses que eram conhecidos como “consumidores inveterados” de ópio (ZALUAR et al. 1999, p. 130-131).

Tal perseguição foi feita também pelo mesmo país aos imigrantes, especialmente os mexicanos, devido a associação de sua imagem ao consumo de maconha (BOITEUX et al, 2012).

No Brasil, a perseguição atingiu seu auge com a Lei nº 6.368/76 que apresenta o traficante como “inimigo a ser eliminado” (CARVALHO, 2010, p. 43). Várias outras perseguições foram travadas e a justificativa nunca sofreu muitas mudanças: resolver o problema do uso e comércio de drogas. No entanto, os relatórios anuais da ONU confirmam aquilo que já se sabe: políticas proibicionistas não impedem que o uso e tráfico de drogas se disseminem. A perseguição e a repressão ao comércio informal e ilegal de drogas geram efeitos negativos, tais quais: a eliminação dos pequenos e microtraficantes e a concentração

do negócio nas mãos de poucas pessoas que se utilizam de variadas artimanhas a fim de alcançarem a impenetrabilidade, a evasão de capitais, a camuflagem do produto e as técnicas sofisticadas de corrupção, entre outras (WEIGERT, 2010, p. 37-38).

Outro efeito negativo das políticas proibicionistas é a lucratividade monstruosa desse comércio que aumenta de acordo com a sua repressão, assim sendo, aumenta de forma inigualável. “Os lucros não são gerados pela produtividade ou pela exploração maior do trabalho, mas pela própria ilegalidade do empreendimento” (SALAMA e FONSECA apud ZALUAR et al, 1994, p. 106). Pode-se citar ainda, como aspecto negativo, o aumento de delitos relacionados às drogas: corrupção, extorsão, seqüestro, entre outros, praticados, especialmente por funcionários das próprias agências punitivas (WEIGERT, 2010, p. 37-38).

No Brasil, assim como em todos os demais países que se utilizam da repressão como meio de combate ao uso e tráfico de drogas, as taxas de crimes violentos aumentaram consideravelmente, pois “a criminalidade moderna e empresarial é organizada segundo os princípios do mercado e da defesa dos interesses econômicos do grupo que controla o empreendimento, mas faz isso sem o amparo da e contra a lei” (ZALUAR et al. 1994, p. 106).

Vários outros efeitos negativos podem ser citados, mas é importante destacar o principal efeito positivo, assim considerado pelos defensores da política proibicionista: as grandes apreensões de drogas ilegais. Os dados do último relatório apresentado pelo Departamento de Polícia Federal quanto à apreensão de drogas no Brasil são os seguintes:

Figura 3 – Apreensões de entorpecentes



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL




3 - DIRETORIA DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO – DCOR
3.4 - COORDENAÇÃO-GERAL DE POLÍCIA DE REPRESSÃO A ENTORPECENTES - CGPRE

APREENSÕES DE ENTORPECENTES

DESCRIÇÃO	2004	2005	2006	2007	2008
COCAÍNA (KG)	7.199,380	15.656,84	13.387,51	16.510,76	19.617,41
CRACK (KG)	100,410	125,75	162,26	578,60	373,53
HAXIXE (KG)	66,112	93,96	101,15	160,93	300,52
L.S.D. (UN)	715	927	31.785	3.239	93.154
LANÇA PERFUME (FR)	70.469	51.154	7.928	360	3.929
ECSTASY (UN)	81.951	52.144	19.094	211.145	132.621
MACONHA (KG)	153.875,466	151.044,80	161.302,98	196.830,50	187.109,75
MERLA (KG)	19,965	130,98	0,66	5,25	13,47
PASTA BASE (KG)	573,098	302,37	331,1	1.248,98	305,99
PÉS DE MACONHA (UN)	552.343	1.544,680	1.066,090	591.188	2.904.746
PSICOTRÓPICOS (UN)	1.347	20.597	754	0	0
SEMENTE DE MACONHA (KG)	297,690	323,98	19,33	65,20	47,78
HEROÍNA (KG)	50,135	13,42	88,43	10,10	11,53

Os dados apresentados pela Polícia Federal demonstram que, em 2008, a região sul teve o menor índice de apreensão de cocaína e o índice de apreensão de maconha (droga mais consumida) foi maior que o da região sudeste e menor que o do centro-oeste, conforme se observa no gráfico abaixo:

Figura 4 – Principais apreensões

 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL 3 - DIRETORIA DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO – DCOR 3.4 - COORDENAÇÃO-GERAL DE POLÍCIA DE REPRESSÃO A ENTORPECENTES - CGPRE			
PRINCIPAIS APREENSÕES - 2008			
REGIÃO	COCAÍNA (kg)	MACONHA (kg)	PÉS DE MACONHA (unidade)
NORTE	678,00	-	35.000
NORDESTE	-	-	1.952.000
CENTRO-OESTE	1.221,83	11.603,00	0
SUDESTE	1.230,30	6.897,35	0
SUL	627,00	7.762,00	0


Fonte: DPF, 2012.

Relatório Anual - 2008

132

O relatório anual do Departamento de Polícia Federal apresenta também o número de indiciados por faixa etária e por sexo:

Figura 5 – Indiciados por faixa etária e por sexo

 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL 3 - DIRETORIA DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO – DCOR 3.4 - COORDENAÇÃO-GERAL DE POLÍCIA DE REPRESSÃO A ENTORPECENTES - CGPRE		
INDICIADOS POR FAIXA ETÁRIA		
IDADE	QUANTIDADE	%
18 a 22 anos	676	13,5
23 a 27anos	1142	22,8
28 a 32 anos	990	19,8
33 a 37 anos	797	15,9
38 a 47 anos	914	18,3
48 a 52 anos	190	3,8
Maiores de 53 anos	215	4,3
Não informada	77	1,5
TOTAL	5.001	100,0

INDICIADOS POR SEXO		
SEXO	QUANT.	%
MASCULINO	3758	75,1
FEMININO	1025	20,5
NÃO INFORMADO	218	4,4
TOTAL	5.001	100,0

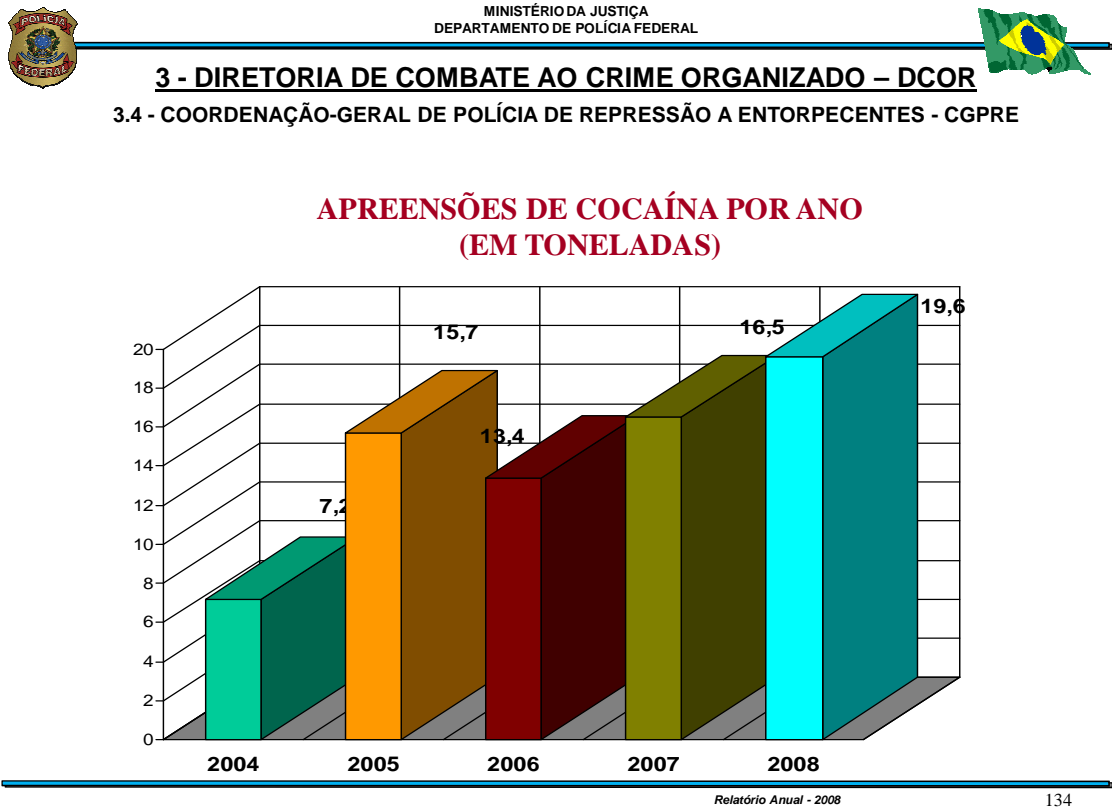
Fonte: DPF, 2012.

Relatório Anual - 2008

133

Entre as principais drogas apreendidas estão:

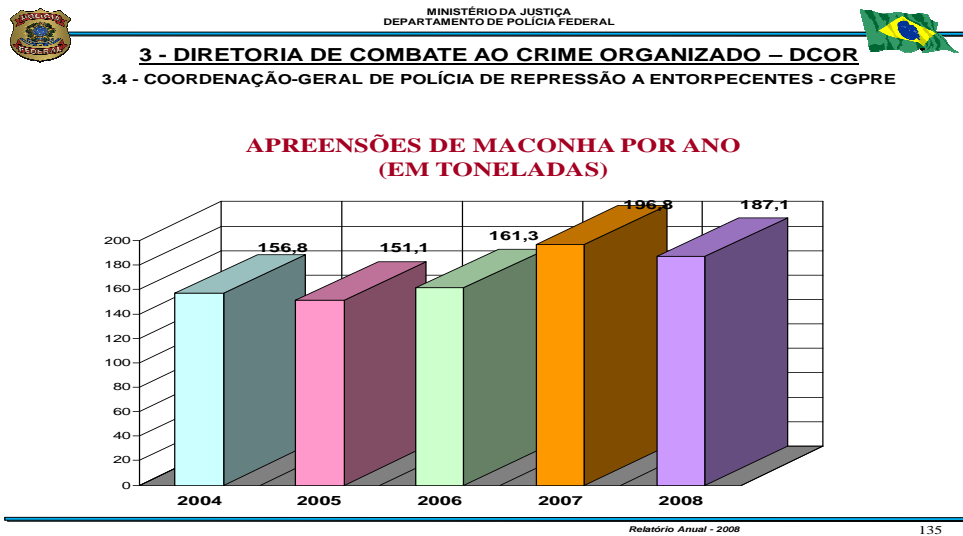
Figura 6 – Apreensões de cocaína por ano em toneladas



Fonte: DPF, 2012.

A maconha:

Figura 7 – Apreensões de maconha por ano em toneladas



Fonte: DPF, 2012.

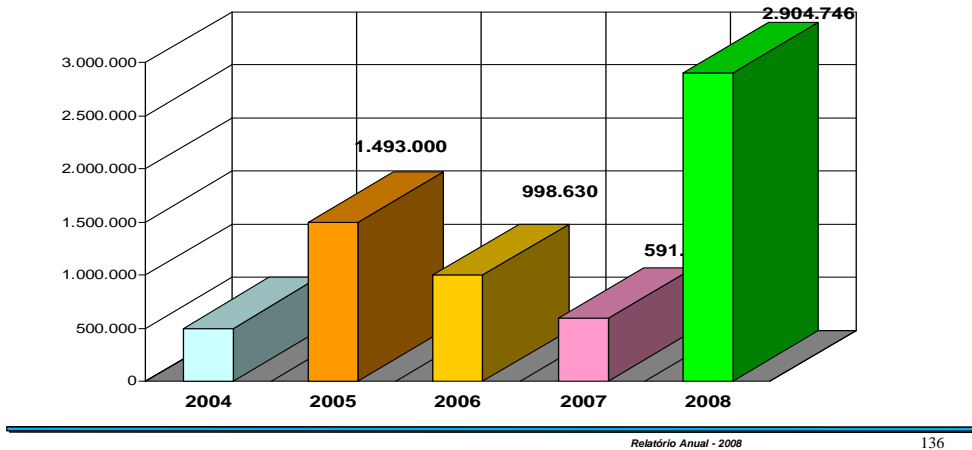
Os pés da planta (maconha) erradicados também aparecem no relatório:

Figura 8 – Pés de maconha erradicados por ano



3 - DIRETORIA DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO – DCOR
3.4 - COORDENAÇÃO-GERAL DE POLÍCIA DE REPRESSÃO A ENTORPECENTES - CGPRE

PÉS DE MACONHA ERRADICADOS POR ANO



Fonte: DPF, 2012.

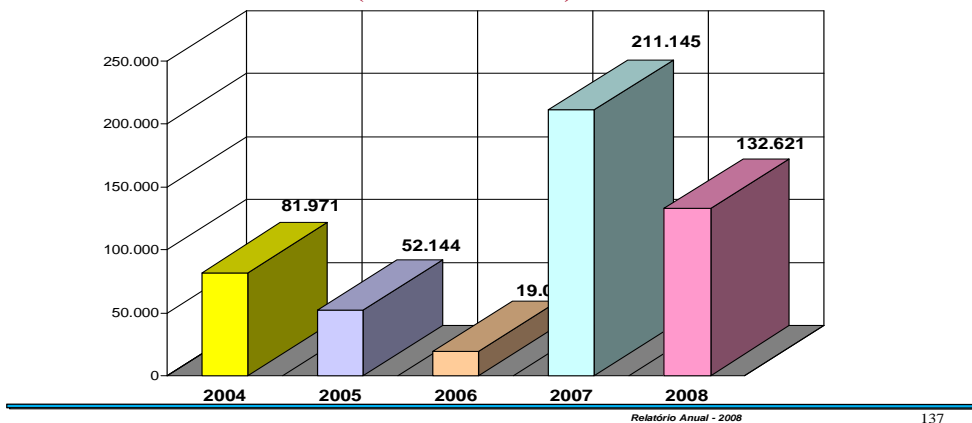
O ecstasy e o lança perfume também constam no relatório:

Figura 9 – Ecstasy apreendido por ano



3 - DIRETORIA DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO – DCOR
3.4 - COORDENAÇÃO-GERAL DE POLÍCIA DE REPRESSÃO A ENTORPECENTES - CGPRE

**ECSTASY APREENDIDO POR ANO
 (COMPRIMIDOS)**



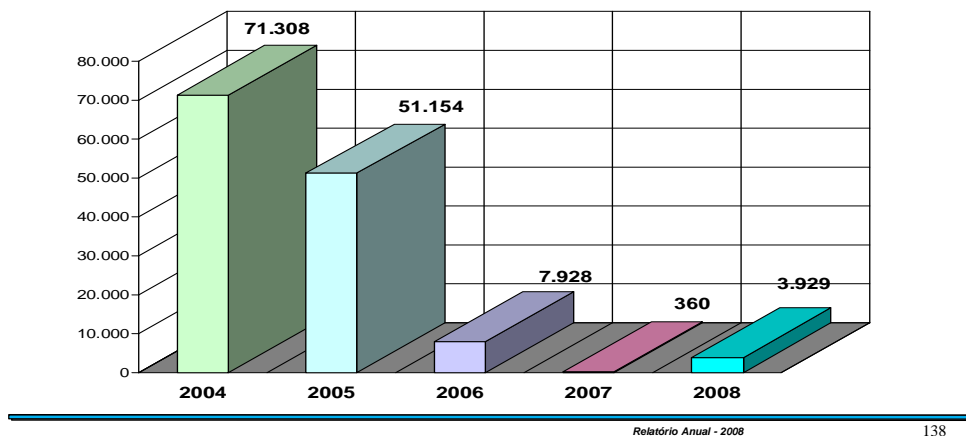
Fonte: DPF, 2012.

Figura 10 – Lança perfume apreendido por ano



3 - DIRETORIA DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO – DCOR
3.4 - COORDENAÇÃO-GERAL DE POLÍCIA DE REPRESSÃO A ENTORPECENTES - CGPRE

**LANÇA PERFUME APREENDIDO POR ANO
 (FRASCOS)**



Fonte: DPF, 2012.

Sobre o aumento das apreensões de drogas ilícitas é importante destacar que, segundo apontamentos do Departamento de Polícia Federal, a Coordenação Geral de Polícia de Entorpecentes – CGPRE, apóiam a execução de projeto de perfil químico junto ao Instituto Geral de Criminalística, com o objetivo de coletar amostras de cada apreensão feita no país a fim de montar um banco de dados com o DNA das drogas para estabelecer vínculos com possíveis fabricantes/produtores de drogas que se utilizam de precursores químicos, bem como, encontrar possíveis redes de distribuição (DPF, 2012).

Outro projeto iniciado foi o de Análise de Imagens com técnicas avançadas de imagens aéreas e de satélite com a finalidade de erradicar cultivos ilícitos no Brasil e apoiar ações em outros países como Paraguai e Bolívia, projeto pelo qual as Nações Unidas – UNODC, mostraram interesse (DPF, 2012).

Torna-se claro que a principal finalidade em apreender uma grande quantidade de entorpecentes é diminuir a oferta dos mesmos. No entanto, o tráfico de drogas “está também no mundo empresarial, no mercado, e participa de seus valores e suas regras” (ZALUAR et al, 1994, p. 122), assim sendo, atende a um dos mais conhecidos conceitos da economia: a lei da oferta e da procura, ou seja, com menos oferta disponível e a mesma demanda, a tendência é que o preço das drogas aumente e resulte em lucros inigualáveis aos traficantes, o que acaba por contrariar os objetivos almejados com a redução da oferta.

Outro ponto positivo apontado pelos proibicionistas é a “guerra aos traficantes” declarada desde o nascimento da política repressiva às drogas que prometia e ainda promete “eliminá-los”. Verificando os dados obtidos através do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen, percebe-se total esforço nesse sentido, senão veja-se abaixo:

Figura 11 – População Carcerária

Ref – Dezembro de 2008

População Carcerária:	12.363
Número de Habitantes:	6.052.587
População Carcerária por 100.000 Habitantes:	204,26

Categoria: Perfil do Preso	Masculino	Feminino	Total
Grupo: Entorpecentes (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/06)	3.097	574	3.671
Item: Tráfico de Entorpecentes (Art. 12 da Lei 6.368/76 e Art. 33 da Lei 11.343/06)	3.003	564	3.567
Item: Tráfico Internacional de Entorpecentes (Art. 18 da Lei 6.368/76 e Art. 33 da Lei 11.343/06)	94	10	104

Fonte: Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen, 2012.

Figura 12 - Número de presos pelo crime de tráfico de drogas

Ref – Dezembro de 2011

População Carcerária:	14.974		
Número de Habitantes:	6.249.682		
População Carcerária por 100.000 Habitantes:	239,60		
Categoria: Perfil do Preso	Masculino	Feminino	Total
Grupo: Entorpecentes (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/06)	4.462	793	5.255
Item: Tráfico de Entorpecentes (Art. 12 da Lei 6.368/76 e Art. 33 da Lei 11.343/06)	4.014	696	4.710
Item: Tráfico Internacional de Entorpecentes (Art. 18 da Lei 6.368/76 e Art. 33 da Lei 11.343/06)	448	97	545

Fonte: Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen, 2012.

Verifica-se que em 03 (três) anos a população carcerária aumentou consideravelmente, dado muito preocupante, confirmando que “a política proibicionista, por seu turno, colabora de forma significativa, direta ou indiretamente, para esta maximização do carcerário na sociedade contemporânea” (CARVALHO, 2010, p. 154).

Outra consequência, verificada na realidade social, da política proibicionista no Brasil é o aumento de áreas utilizadas para o uso de drogas por grupos de pessoas e as mais conhecidas são as famosas “cracolândias”.

O Decreto nº. 7.179, de 20 de maio de 2010 instituiu o Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas, criou o seu Comitê Gestor, e versa sobre outras providências com relação ao assunto. O artigo 2º do Decreto citado dispõe sobre os objetivos do Plano Integrado, conforme se examina abaixo:

Art. 2º São objetivos do Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas:

I - estruturar, integrar, articular e ampliar as ações voltadas à prevenção do uso, tratamento e reinserção social de usuários de crack e outras drogas, contemplando a participação dos familiares e a atenção aos públicos vulneráveis, entre outros, crianças, adolescentes e população em situação de rua;

II - estruturar, ampliar e fortalecer as redes de atenção à saúde e de assistência social para usuários de crack e outras drogas, por meio da articulação das ações do Sistema Único de Saúde - SUS com as ações do Sistema Único de Assistência Social - SUAS;

III - capacitar, de forma continuada, os atores governamentais e não governamentais envolvidos nas ações voltadas à prevenção do uso, ao tratamento e à reinserção social de usuários de crack e outras drogas e ao enfrentamento do tráfico de drogas ilícitas;

IV - promover e ampliar a participação comunitária nas políticas e ações de prevenção do uso, tratamento, reinserção social e ocupacional de usuários de crack e outras drogas e fomentar a multiplicação de boas práticas;

V - disseminar informações qualificadas relativas ao crack e outras drogas; e

VI - fortalecer as ações de enfrentamento ao tráfico de crack e outras drogas ilícitas em todo o território nacional, com ênfase nos Municípios de fronteira (BRASIL, 2012a).

Verifica-se que as intenções propostas através desse Decreto são voltadas à prevenção, à saúde do usuário, ao tratamento e à reinserção social, entre outras. No entanto, as constantes ações policiais nessas zonas urbanas que foram adotadas pelos usuários como áreas oficiais de consumo demonstram o contrário, pois são “autônomas, intempestivas e se descolam da participação conjunta da saúde, da justiça e da assistência social, ignoram a diversidade de situações individuais, e reduzem todos os doentes à obscura categoria de criminosos” (CRM/SP, 2012).

Assim sendo, tais ações acabam por não alcançar os objetivos propostos pelo Plano Integrado de Enfrentamento do crack e de outras drogas. A política proibicionista de drogas vem historicamente dando mais importância à proibição, à repressão e à punição do que à prevenção e, como já questionava Nilo Batista, o que, afinal de contas, tem o sistema penal a oferecer para o usuário ou dependente de drogas? (1990, p. 61).

Muitos estudos encomendados pelos Estados Unidos, precursor e maior defensor da política proibicionista, mostraram que **“o custo de programas de prevenção do uso de drogas e de tratamento de dependentes é muito mais barato (entre 20 e 10 vezes) e eficaz do que a repressão externa e interna respectivamente”** (ZALUAR apud GARCIA, 2012. Grifou-se).

No entanto, mesmo com a certeza de ser muito menor o custo com políticas e programas de prevenção do uso de drogas e tratamento dos dependentes, os governos dos Estados Unidos da América e de muitos dos países signatários das Convenções internacionais continuam a optar pela “guerra às drogas” (GARCIA et al, 2012).

Somente nos Estados Unidos da América a “guerra às drogas” leva o país a destinar cifras astronômicas de seu orçamento com armas, veículos especialmente preparados, equipamentos, treinamento de pessoal, entre outros (NEVES, 2012).

No Brasil a situação se repete e ao invés de investir-se de forma eficaz em prevenção, redução de danos e tratamento aos dependentes de drogas, gasta-se milhões de reais em uma política de repressão, mesmo quando os princípios basilares do Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas – SISNAD, prima pelos direitos fundamentais da pessoa humana, bem como, pela integração de estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

No entanto, a importância devida à prevenção do uso de drogas não é dada e opta-se pela repressão que, por vezes, tem um custo elevado tanto para o Estado, financeiramente, quanto socialmente, para os usuários e dependentes.

Neste capítulo estudou-se sobre a construção histórica da política de drogas no Brasil e no mundo, bem como, sobre a “estrutura piramidal” presente no comércio de drogas ilícitas que é de suma importância para a conclusão desse estudo, haja vista, tal estrutura ser o motivo da preocupação com a falta de tipos penais intermediários que poderiam ser utilizados para punir o pequeno e o médio traficante, ao invés de, punir-se todas as categorias de traficantes com as mesmas demasiadas penas.

Às consequências da política proibicionista no Brasil também foi dada especial atenção, uma vez que, é com base nas consequências, neste caso, nas negativas, que busca-se

um melhor entendimento do fenômeno tráfico de drogas e dos problemas enfrentados pelos acusados por este delito.

4 RAZÕES E MOTIVAÇÕES DA LEI DE DROGAS Nº. 11.343/2006

Neste capítulo buscar-se-á elencar as principais mudanças trazidas pela Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, tais como: o novo tratamento imposto ao possuidor de droga para consumo próprio, aumento da pena mínima do crime de tráfico de drogas, penalização daquele que oferece droga para pessoa de seu relacionamento com intuito de consumir conjuntamente, entre outras.

Correlacionar-se-á os aspectos dogmáticos do tipo penal previsto no antigo artigo 12, da Lei nº 6.368/1976 com o atual artigo 33, da Lei nº 11.343/2006 a fim de verificar os problemas decorrentes do tráfico de drogas como tipo penal aberto, bem como o ferimento de princípios penais de garantia quando da não diferenciação das variadas categorias de comerciantes de drogas observadas na realidade social.

4.1 MUDANÇAS SIGNIFICATIVAS TRAZIDAS PELA LEI Nº. 11.343/2006

A Lei nº. 11.343/2006 entrou em vigor, revogou as leis anteriores e estabeleceu uma nova política nacional de drogas. Várias foram as mudanças trazidas pela Lei nº. 11.343/2006 e uma das principais diz respeito àquele que porta droga para consumo pessoal. A Lei 6.368/1976 previa em seu artigo 16, a pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e o pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa para aqueles que adquirissem, guardassem ou trouxessem consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determinasse dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (BRASIL, 2012a). Esse era o tipo penal que reprimia o porte de drogas com finalidade de uso pessoal, tendo em vista que o uso de drogas em si não era passível de punição.

Por outro lado, a atual lei de drogas, a Lei n. 11.343/2006, abrangeu o mesmo tipo penal previsto na lei anterior, mas ampliou as condutas puníveis e suavizou a punição. Nesse sentido, a nova lei previu somente penas restritivas de direito para aqueles que adquirem, guardam, têm em depósito, transportam ou trazem consigo droga para consumo pessoal, somando a essas condutas a dos que semeiam, cultivam e colhem plantas destinadas a este

fim. Pela redação do artigo 28 da nova Lei, estes ficam sujeitos à advertência, prestação de serviço à comunidade e medida educativa.

Para Luiz Flávio Gomes (2008, p. 120), com a redação dada pela Lei nº. 11.343/2006 houve a “descriminalização formal” da conduta descrita no artigo 28, haja vista, ter sido “retirado o caráter criminoso do fato, mas não o retirado do campo do direito penal”, ou seja, o fato ainda é penalmente proibido, ilícito, mas não mais constitui crime e passou a ser um ilícito *sui generis*.

No entanto, para o Supremo Tribunal Federal, houve mera despenalização e o “rompimento da tradição da imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda infração penal” (RE 430105 apud BIZZOTTO et al, 2010, p. 44).

Já para a conduta do tráfico de drogas, a Lei nº. 11.343/2006 guardou maior reprimenda e direcionou grande parte de seus dispositivos. É neste tipo penal que verificam-se as maiores mudanças apresentadas por esta lei. Uma das modificações mais relevantes quanto ao tráfico de drogas está na elevação da pena mínima de 3 (três) para 5 (cinco) anos e o considerável acréscimo da pena de multa, senão veja-se:

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 (BRASIL, 2012a).

A título comparativo, leia-se abaixo o disposto na antiga Lei nº. 6.368/1976 para o tipo penal equivalente:

Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa (BRASIL, 2012a).

Há quem diga que é um retrocesso que a lei tenha previsto o aumento exacerbado de pena e dias-multa, haja vista o aumento de pena teve o claro intuito de “tentar impedir a aplicação das penas alternativas”. (BOITEUX et al, 2012). Isso porque, de acordo com o art. 44 do Código Penal brasileiro, em tese, é possível que a pena privativa de liberdade seja substituída pela restritiva de direitos quando, dentre outras condições, a pena aplicada não seja superior a 4 (quatro) anos. Na vigência da lei anterior, muitos juízes estavam aplicando as

penas ditas “alternativas” para os réus condenados pelo crime de tráfico de drogas, quando a pena final na sentença era inferior a quatro anos. E, por diversas razões, os legisladores não se agradaram disso e resolveram retirar da lei essa possibilidade, elevando o mínimo legal da pena prevista para o crime.

O § 2º, do artigo 33, tratou de diminuir a pena para aquele que instiga, induz ou auxilia alguém ao uso indevido de drogas. A pena está fixada em detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa (BRASIL, 2012a). A Lei nº. 6.368/1976 previa pena de 3 (três) a 15 (quinze) anos e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa (BRASIL, 2012a). Assim, a pena imposta pela antiga Lei era a mesma do caput do artigo 12, ou seja, a pena para o traficante e para o mero instigador, indutor ou auxiliador era a mesma e a nova Lei entendendo que o fato não é de tamanha gravidade, preferiu impor uma pena menos severa (GOMES, 2008, p. 195).

Outra inovação da Lei nº. 11.343/2006 prevista no § 3º, do artigo 33, foi a aplicação de pena para o indivíduo que oferece droga, de forma eventual e sem auferir lucro, a pessoa de seu convívio para o consumo conjunto, o chamado “traficante ocasional” que de acordo com a nova Lei não é caso de traficância profissional, justificando-se a atenuação da sanção (BOITEUX et al, 2012). Esse repasse ou oferta de droga recebe tratamento penal intermediário e pode-se optar pela expressão “uso ou consumo compartilhado” ao invés de “tráfico ocasional”, de forma que tal conduta acompanha o artigo 28 (uso) e não o artigo 33 (tráfico), deslocando-se a ação para um viés “social” (de uso entre amigos comparado ao uso social do álcool) (BOITEUX et al, 2012).

Apontada, também, como uma das maiores mudanças advindas da Lei nº. 11.343/2006 está a previsão do artigo 36 que determina a punição para aqueles que se ocupam do financiamento e custeamento dos crimes previstos no artigo 33, caput e § 1º, e artigo 34. A pena é a mais alta das aplicadas por esta Lei, qual seja, “reclusão de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa” (BRASIL, 2012a). Salienta-se que tal contribuição ao tráfico de drogas deve ser relevante, sem a qual a prática do comércio se tornaria precária. Essa contribuição também deve ser habitual e rotineira, deve ser condição de sobrevivência do tráfico (GOMES, 2008, p. 211-212).

O artigo 44, da Lei 11.343/2006 sempre foi motivo de polêmica e assim dispõe:

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

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico (BRASIL, 2012a).

Tal artigo prevê conseqüências típicas de um crime hediondo, por vezes, até mais rigorosos. Alguns dos tipos penais previstos na lei de drogas, para Luiz Flávio Gomes (2008, p. 233), jamais deveriam ser comparados aos crimes hediondos, como por exemplo, o previsto no artigo 35 (associação para o tráfico).

Sobre o artigo 44, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se pela inconstitucionalidade de parte do dispositivo quando da vedação de liberdade provisória. A Suprema Corte entendeu que o legislador não pode restringir o poder do juiz de analisar a possibilidade de conceder ou não a liberdade provisória. Segundo o relator do caso, ministro Gilmar Mendes, “A Constituição Federal de 1998 instituiu um novo regime no qual a liberdade é a regra e a prisão exige comprovação devidamente fundamentada” e afirmou que o próprio caput do referido dispositivo deveria ser declarado inconstitucional “por ter sido editado em sentido contrário à Constituição” (HC 104339, 2012) (BRASIL, 2012c).

Essas são algumas das maiores e mais importantes mudanças advindas da lei de drogas, Lei nº. 11.343/2006, sendo que no próximo tópico examinar-se-á sobre os problemas decorrentes da redação legal do crime de tráfico de drogas como tipo penal aberto, haja vista não haver critérios claros que diferenciem o usuário do traficante, nem a previsão das diversas categorias de traficantes.

4.2 A DEFINIÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS COMO TIPO PENAL ABERTO

O delito de porte para o consumo e de tráfico de drogas (art. 28 e 33 da Lei nº. 11.343/2006) são tipos penais que, apesar de terem penas com pesos bem distintos, têm suas redações muito próximas e carecem de critérios legais mais claros para a diferenciação na norma penal. Tal aproximação resulta em problemas para os intérpretes e aplicadores das normas penais, causando custos e danos àqueles que cometem tais desvios puníveis (CARVALHO, 2010, p. 201). De acordo com o §2º, do art. 28, da Lei nº. 11.343/2006, a diferenciação entre o consumidor e o traficante de drogas não é feita somente através da natureza e quantidade da substância apreendida, mas deve levar em conta outros critérios, conforme é possível se verificar:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
[...]

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá a natureza e a quantidade da substância apreendida, ao local e as condições em que se

desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente (BRASIL, 2012a).

Observa-se, portanto, que é um conjunto de critérios que deve ser examinado para determinar se a conduta praticada pelo agente se define como consumo pessoal ou tráfico de drogas. É o diferencial entre a conduta de consumo e a conduta de tráfico de drogas e que será o fator que resultará na forma de processualização e punição é o objetivo da ação do indivíduo (para consumo ou traficância). (CARVALHO, 2010, p. 202). No entanto, como prevê o § 2º, do artigo 28, da Lei nº. 11.343/2006, existem outros critérios que o juiz deve levar em consideração para determinar o fim a que a droga destinava-se, mas tais critérios de diferenciação são subjetivos e são apontados como fundamentais para a correta diferenciação entre as condutas de consumidor e traficante. Cabe ressaltar que nos casos em que ocorrerem dúvidas, deve-se optar pela interpretação mais benéfica ao acusado. Ocorre que a diferenciação continua sendo feita caso a caso, ou seja, não há uma distinção legal apriorística (BOITEUX et al, 2012).

Assim sendo, o resultado mais comum decorrente de tal problema de interpretação é a punição do mero consumidor como traficante e vice-versa, a exemplo de casos onde o indivíduo foi enquadrado como traficante por portar 02 (dois) gramas de maconha e outros onde o indivíduo foi enquadrado como usuário em posse de quase 02 (dois) quilos da mesma droga (ZALUAR et al. 1994. p. 112).

Além da subjetividade que é utilizada para diferenciar consumidores de comerciantes, a vagueza da estrutura criminalizadora pode ser percebida através da inexistência de “tipos penais intermediários com graduações proporcionais entre os dois modelos ideais de condutas (art. 28 e 33 da Lei nº. 11.343/2006)”. Entre o mínimo e o máximo de pena verifica-se que há uma “zona cinzenta intermediária” passível de sofrer sanções dúbias levando-se em consideração a lesão ao bem jurídico tutelado (CARVALHO, 2010, p. 201).

A Lei nº. 11.343/2006 inovou, como já mencionado no tópico anterior, quanto ao indivíduo que eventualmente oferece droga a pessoa de seu convívio para consumo compartilhado e sem auferir lucro (art. 33, § 3º), mas o entendimento majoritário da jurisprudência era de que essa conduta, bem como, a daquele que entrega para o consumo ou fornece gratuitamente, fossem desclassificadas e incluídas como para consumo pessoal, pois a sanção aplicada para tais condutas é excessiva (CARVALHO, 2010, p. 202).

Neste diapasão, percebe-se a timidez do legislador, tanto em descriminalizar algumas condutas, quanto em diferenciar ações que são diversas umas das outras, como:

comércio atacadista e varejista, fornecimento para consumo compartilhado, comércio de subsistência, etc (CARVALHO, 2010, p. 202).

Já fora comentado que existem diferentes papéis na rede do tráfico de drogas, haja vista que esse tipo de comércio possui uma estrutura hierarquizada, que envolve diferentes graus de participação e importância dos indivíduos, onde alguns são responsáveis pelas ações de maior relevância, outros realizam tarefas mais insignificantes e descartáveis. No entanto, o tipo penal não acompanha tais diferenças e a atual legislação, a exemplo da anterior, segue punindo igualmente essas condutas, aplicando penas elevadíssimas (BOITEUX et al, 2012). Nesse sentido, destaca Luciana Boiteux et al:

O tipo penal do tráfico qualifica-se como tipo aberto, estabelece penas desproporcionais e não diferencia as diversas categorias de comerciantes de drogas observadas na realidade social. Além disso, a Lei não é clara quanto à distinção entre a tipificação do uso e do tráfico, e o resultado disso é que o Poder Judiciário, além de aplicar uma lei punitiva e desproporcional, concede amplos poderes ao policial que primeiro tem contato com a situação. A atuação da polícia, nesse sistema, é ainda comprometida pela corrupção, que filtra os casos que chegam ao conhecimento do judiciário. Este ciclo vicioso muito tem contribuído para a superlotação das prisões com pequenos traficantes pobres, e para a absoluta impunidade dos grandes (BOITEUX et al, 2012).

Para Salo de Carvalho (2010, p. 206), a pena a ser aplicada deve guardar intrínseca relação de simetria com a lesão causada através da conduta incriminada, ou seja, deve haver proporcionalidade entre a resposta penal a ser aplicada e a lesão causada pelo tipo penal.

4.2.1 Tráfico ilícito de drogas lícitas

O artigo da Lei de Drogas que define o tipo penal do tráfico menciona o termo “drogas” de forma genérica, sendo seu conteúdo complementado por outras normas jurídicas ou certos atos administrativos.

Conforme se verifica no artigo 33:

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 (BRASIL, 2012. Grifou-se).

Dá-se a este fato o nome de norma penal em branco, onde outro texto legal vai definir quais substâncias são drogas e o controle que lhe é dado.

No Brasil, tem-se na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, através de sua portaria nº 344/98, a lista das substâncias suas classificações.

O controle estabelecido para o uso de ditas substâncias se instrumentaliza na figura da receita médica, depois de constatada necessidade do paciente em usar a droga pelo profissional competente.

Recentemente a ANVISA decidiu retirar do mercado farmacêutico drogas inibidoras do apetite, denominadas anfetaminas, devido ao seu potencial de abuso.

Drogas como a morfina e uma gama de seus derivados e similares (Lista “A1”, receita “A” – Lista das substâncias entorpecentes), usadas na medicina no controle da dor e tosse; o metilfenidato usado no déficit de atenção com ou sem hiperatividade (Lista “A3”, receita “A” – Lista das substâncias psicotrópicas); as benzodiazepinas e barbitúricos (Lista “B1”, receita “B” – Lista das substâncias psicotrópicas) usadas nos transtornos da ansiedade, sono e epilepsia; quando usadas fora do contexto medicinal consistem em drogas com considerável potencial de abuso, constando inclusive e obrigatoriamente advertências nas caixas dos próprios medicamentos (tarja preta) o potencial de abuso e possível dependência (ANVISA, 2012).

Quando a pessoa com “... autorização...” para vender ditos medicamentos o faz sem o controle, ou seja, vende medicamentos controlados sem a receita médica expedida pelo profissional competente, o mesmo está vendendo drogas “... em desacordo com determinação legal ou regulamentar...”, conforme o já citado art. 33, da Lei de Drogas, além do crime contra a saúde pública.

Essa “classe” de traficantes por vezes não é tão notada pela sociedade nem tão punida quanto os traficantes rotineiramente percebidos na mídia e no cotidiano, mas cometem o mesmo ilícito penal.

Verifica-se, portanto, que várias são as categorias de traficantes de drogas presentes na realidade social, no entanto, o sistema penal não caminha na mesma velocidade em que essa estrutura piramidal é montada no tráfico de drogas e é falho ao não prever dispositivos intermediários para punir tais tipos que se mostram intermediários quando de suas ações dentro dessa estrutura.

A aplicação do Princípio da Proporcionalidade, bem como, de outros princípios penais de garantia nos casos que envolvem o consumo e o comércio, as diversas categorias de comerciantes de droga e a sua necessária e eficiente diferenciação será estudada com mais atenção no próximo tópico.

4.3 ARTIGO 33, DA LEI 11.343/2006 E A VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS PENAIIS DE GARANTIA

O Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, possui princípios e objetivos que foram enunciados pela Lei nº 11.343/2006, quais sejam:

Art. 4º. São princípios do Sisnad:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XI – a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas – Conad (BRASIL, 2012a).

Tais princípios compõem o funcionamento do Sisnad e é com base nesses princípios juntamente com os comandos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que serão encontrados os caminhos para a problemática das drogas (BIZZOTTO et al, 2010, p. 15). Previsto no artigo 4º, da Lei nº. 11.343/2006, como primeiro princípio do Sisnad, o respeito aos direitos humanos também está positivado na Constituição Federal em seu artigo 5º e incisos. O respeito aos direitos humanos é, portanto, o pilar mais forte do Estado Democrático de Direito, de forma que toda a abordagem que visa punir o ser humano deve ser feita a partir dos direitos humanos.

Por esta razão, importante se faz confrontar a redação do artigo 33 da Lei de Drogas nº. 11.343/2006 com os princípios penais de garantia elencados no primeiro capítulo desse trabalho a fim de verificar até que ponto tais princípios são violados, haja vista, não haver critérios efetivos de diferenciação entre o usuário e o traficante, nem entre as diversas

categorias de traficantes observadas na estrutura piramidal da organização do tráfico de drogas.

Em 2006, a nova Lei de Drogas nº. 11.343 foi publicada e continuou a utilizar-se de tipos penais abertos, ou seja, isentos de precisão semântica e com muitos verbos nucleares no tipo penal, a exemplo da antiga Lei nº. 6.368/1976 (WEIGERT, 2010, p. 68).

Sobre a identidade das condutas entre os delitos previstos no artigo 28 e no artigo 33 da atual Lei de Drogas, Weigert (2010, p. 77) afirma que existe correspondência de todos os verbos do artigo 28 com hipóteses previstas no artigo 33, justamente como ocorria entre os artigos 12 e 16 da antiga Lei nº. 6.368/1976. O que continua diferenciando tais condutas é unicamente o fim especial de agir, ou seja, a finalidade da ação do indivíduo (consumo próprio ou traficância).

O § 2º do artigo 28 fornece alguns critérios que devem ser considerados pelos magistrados quando da diferenciação entre posse para consumo e para tráfico ilícito de drogas, no entanto, tais critérios são insuficientes, pois:

(...) os dados apresentados como idôneos à classificação da conduta pela autoridade judicial previstos no art. 28, § 2º, da Lei de Entorpecentes, tais como quantidade, local e antecedentes, podem apenas sugerir e indiciar a incidência dos tipos penais do art. 33 ou do art. 28. Nunca, porém, definir o juízo de imputação como se tais critérios fossem únicos e exclusivos, exatamente por se tratar de elementos objetivos do tipo (CARVALHO, 2010, p. 215).

Assim sendo, alerta o autor, situações fáticas como a quantidade elevada de droga, acondicionamento em embalagens distintas, antecedentes, entre outras, não são suficientes para caracterizar tráfico ilícito, pois pode revelar apenas a posse para consumo. Os critérios objetivos não podem ser examinados de forma absoluta, pois o problema não está nos dados externos da conduta, mas na intenção da ação do indivíduo, ou seja, no “aspecto cognitivo e volitivo do agir” (CARVALHO, 2010, p. 217).

Para Salo de Carvalho (2010, p. 218), os operadores do direito devem avaliar de forma criteriosa cada caso, lembrando-se de que aquele que acusa é que deve provar se as circunstâncias indiciadoras caracterizam o comércio ilícito de drogas, pois se não houver prova robusta ou houver dúvida, deve haver a desclassificação para o consumo (art.28, caput, da Lei de Drogas). Nesse sentido, a tendência da jurisprudência, potencializada desde a Lei 6.368/1976, é a inversão do ônus da prova, na qual, o réu é que deve provar o objetivo da sua ação (se para consumo ou para a traficância). Todavia, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê que é dever do acusador confirmar as hipóteses levantadas na denúncia, bem como, comprovar efetivamente que a ação não destinava-se ao consumo

próprio ou compartilhado, para, só assim, enquadrá-la como tráfico (CARVALHO, 2010, p. 212).

Segundo Luiz Flávio Gomes (2008, p. 163), existem dois sistemas legais que podem ser utilizados para decidir se o agente, que encontra-se em posse de droga, é usuário ou traficante. O Brasil, tradicionalmente adota o “sistema de reconhecimento judicial ou policial”, no qual, o juiz ou a autoridade policial deve reconhecer, utilizando-se dos critérios estabelecidos pela lei, se a droga encontrada em posse do indivíduo destinava-se ao consumo ou ao tráfico ilícito. Outro é o sistema da quantificação legal, através do qual, é fixada uma quantidade diária para o consumo pessoal e até esse limite fixado por lei não há que se falar em tráfico.

Salo de Carvalho (2010, p. 222) aduz sobre a possibilidade de estabelecer-se como critério de diferenciação entre usuário e traficante, a fixação, através de lei, de quantidades determinadas para cada tipo de droga. Tal possibilidade não foi adotada pela legislação brasileira, mas ganhou destaque em muitos países da Europa ocidental com a finalidade de “estabelecer condições de obstruir a incidência repressiva (atipicidade formal ou material – princípio da insignificância), presumir o uso pessoal, e/ou agravar sanções penais (diferenciação entre tráfico simples e tráfico qualificado)”.

Tal critério de diferenciação (fixação da quantidade de cada tipo de droga presumível para o consumo) foi estabelecido com base em dados das autoridades sanitárias e o mesmo serviu de cerramento às tipificações abertas. Segundo o autor (CARVALHO, 2010, p. 222-223), entre a posse para consumo próprio e o tráfico qualificado de droga são definidos referenciais quantitativos que não deixam dúvidas. Nesse sentido, na Espanha, em relação ao haxixe (droga mais consumida no país), as quantidades foram assim determinadas:

- (a) até 50 gramas o fato é atípico (posse para consumo pessoal); (b) entre 50 gramas e 1 kilo, considera-se posse moderada, recaindo a figura do tráfico simples; (c) de 1 kilo a 2,5 kilos, a quantidade é de notória importância, incidindo as penas agravadas; (d) acima de 2,5 kilos, a posse passa a ser de extrema quantidade, aplicando-se as sanções do tráfico qualificado (CARVALHO, 2010, p. 224).

Desta forma, o critério objetivo do estabelecimento de dados quantitativos “forneceria a possibilidade de excluir, a priori, discussão (instrução cognitiva) acerca de casos irrelevantes ou a avaliação da graduação do comércio”, bem como, serviria como “cláusula de barreira” excluindo a probabilidade do usuário sofrer as graves consequências da imputação de tráfico de drogas (CARVALHO, 2010, p. 226).

Como já mencionado no decorrer desse trabalho, não raramente o usuário é confundido com o traficante. Nesse sentido, constatou-se durante um estudo (através de

entrevistas com profissionais do sistema de justiça criminal) sobre a prisão provisória e a Lei de Drogas, efetuado pelo Núcleo de Estudos da Violência – NEV, da Universidade de São Paulo que:

Apesar de na fala deles essa diferenciação parecer bastante clara, as entrevistas possibilitam identificar um conflito latente entre o entendimento das polícias sobre a ocorrência. Apontam os mesmos critérios, entretanto, divergem quanto ao que acabam por efetivamente classificar como tráfico e uso (JESUS et al, 2012).

No mesmo estudo, concluiu-se que:

Mesmo quando há uma considerável margem de dúvida, opta-se pela punição, como nos muitos casos onde observou a entrada franqueada de policiais militares em domicílios. Quando ocorre, este fato não é contestado pelos delegados que registram a ocorrência, tampouco por juízes e promotores responsáveis pela produção de provas e julgamento do caso em questão (JESUS et al, 2012).

A efetiva diferenciação entre usuário e traficante consiste em algo de extrema importância, uma vez que, o usuário recebe um tipo de pena que não é a privação de liberdade e sim penas de advertência, medida de prestação de serviço à comunidade ou de comparecimento a programa ou curso educativo. Já os traficantes, por outro lado, são privados de sua liberdade e recebem penas que variam entre 5 e 15 anos.

Importante frisar que tal diferenciação tem relação direta com a forma como o acusado irá responder ao processo. Na pesquisa feita no Estado de São Paulo, a regra é manter os acusados presos: “em aproximadamente 89% dos casos, verificou-se que o réu estava privado de sua liberdade durante o processo” (JESUS et al, 2012). Tal situação revela que “a prisão provisória acaba assumindo um papel de “prevenção e controle” por parte do Estado em relação à pessoa apreendida, mesmo sendo ela possivelmente uma usuária de drogas e não traficante” (JESUS et al, 2012).

No que tange ao delito de tráfico de drogas, em que pese a não exigência do agente agir com finalidade de lucro, é a finalidade da ação do indivíduo que diferencia as diversas categorias de traficantes observadas na realidade social. O pequeno traficante-dependente, por exemplo, pratica o comércio de drogas com a finalidade única de sustentar seu vício, diferente do traficante-comerciante que auferir lucros com o comércio. A quantidade de droga apreendida também deve ser levada em consideração para fazer a diferenciação, pois os pequenos e médios traficantes, geralmente varejistas, trabalham com quantidades ínfimas de droga, ao contrário dos grandes traficantes que trabalham com quantidades exorbitantes (IBCRIM, 2012).

O § 4º do artigo 33 da lei de drogas prevê que:

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 (BRASIL, 2012a).

Sabe-se, porém, que tal dispositivo não tem aplicação efetiva, tão pouco serve para resolver o problema dos pequenos e médios traficantes, uma vez apresenta falhas em sua redação, pois depende da boa vontade dos juízes para ser aplicado. Observa-se, portanto, que um dos problemas da legislação proibicionista de drogas é o tratamento despendido para os pequenos, médios e microtraficantes, considerados “descartáveis” e representantes dos elos mais fracos da estrutura piramidal do tráfico de drogas que sofrem a intensidade da repressão imposta pelo sistema proibicionista, e ainda recebem penas desproporcionais (BOITEUX et al, 2012). Nesse sentido, a não diferenciação efetiva entre usuários e traficantes, bem como, entre pequeno, médio e grande traficante, acarreta em séria afronta a muitos princípios constitucionais de garantia, uma vez que, “as medidas de exceção destinadas ao grande traficante são aplicadas aos pequenos e médios traficante-viciados, que lotam as penitenciárias” (IBCRIM, 2012).

A falta de precisão, clareza e objetividade no tipo penal tráfico de drogas que faz com que os operadores do direito confundam, muitas vezes, o usuário com o traficante ou o pequeno e médio com o grande traficante, fere diretamente o Princípio da Taxatividade que, como mencionado no primeiro capítulo desse trabalho, obriga as leis a serem precisas, coordenadas e bem dispostas, para que não haja dúvida quando da aplicação ao caso concreto.

O Princípio da Igualdade, pelo qual os indivíduos devem ser punidos, de forma equitativa, na medida da sua culpabilidade, também resta ofendido, quando confunde-se uma conduta (consumo) com outra totalmente diferente (tráfico), assim como nos casos onde o pequeno e médio respondem como se grandes traficantes fossem, recebendo penas exorbitantes.

Da mesma forma, restam maculados os Princípios da Proporcionalidade e da individualização das Penas. O primeiro, por uma questão óbvia, tal princípio prima pelo equilíbrio entre a aplicação da pena e o dano causado pelo delito. A pena para o usuário é a advertência, medida de prestação de serviço à comunidade ou de comparecimento a programa ou curso educativo, já a pena para o traficante é de 5 a 15 anos de reclusão, mais multa. Logo é inadmissível que se condene o usuário com a pena imposta ao traficante, haja vista, a demasiada desproporcionalidade das penas impostas a cada conduta e o dano causado por ambas.

Do mesmo modo, restam diferenciadas as condutas do pequeno e médio com a conduta do grande traficante, haja vista, aqueles, geralmente, comerciarem para sustentarem seus vícios, diferente deste último que comercializa a fim de auferir grandes lucros.

Com relação ao Princípio da Individualização das Penas, é garantido ao indivíduo que a pena imposta a ele não seja a mesma imposta para outro, assim sendo, é também inaceitável que a pena imposta a um traficante seja a mesma imposta a um usuário de drogas. Essa afronta ao Princípio da Individualização das penas torna-se ainda mais grave quando resulta da condenação errônea de um usuário como se traficante fosse.

Levando-se em consideração o Princípio da Individualização das penas, a pena aplicada a um pequeno ou médio traficante também não pode ser a mesma aplicada a alguém que trafica em grandes quantidades.

O Princípio da Legalidade também sofre com a falta de “certeza” da Lei nº. 11.343/2006, pois se trata de norma penal em branco, uma vez que, apenas substituiu a expressão “substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica” pelo gênero “drogas”, ou seja, “é caracterizada por preceitos incompletos que requerem preenchimento por terceiros dispositivos, normalmente de cunho extrapenal (administrativo)” (CARVALHO, 2010, p. 198).

Sobre as leis penais em branco, aduz Salo de Carvalho:

A constante variação nas formas de complemento das leis em branco e dos critérios jurisprudenciais e doutrinários de interpretação dos tipos penais abertos permite o diagnóstico dos malefícios deste tipo de técnica legislativa em relação aos direitos e garantias fundamentais, indicando sua questionável constitucionalidade (CARVALHO, 2010, p. 200).

Considerando os princípios constitucionais e os conceitos fundamentais do ordenamento jurídico de cada país, a Convenção Sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas promulgada pelo Brasil através do Decreto nº. 154 de 26 de junho de 1991 prevê tratamento diferenciado que possibilite alternativas ao cárcere quando o tráfico ilícito de entorpecentes for de menor potencial ofensivo (BRASIL, 2012a). O próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu, embasado na citada Convenção e em diversos princípios constitucionais, que penas alternativas podem ser utilizadas a fim de evitar a pena privativa de liberdade também quando tratar-se do tráfico de drogas:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e

complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente (HC 97256, 2012) (BRASIL 2012).

Em 2012, a Suprema Corte brasileira entendeu que o legislador não pode restringir o poder do juiz de analisar a possibilidade de conceder ou não a liberdade provisória, haja vista, “a liberdade ser a regra no regime instituído pela Constituição Federal de 1988 e a prisão exige comprovação devidamente fundamentada” (HC 104339, 2012) (BRASIL 2012).

Atendendo ao pedido do Supremo Tribunal Federal, também em 2012, o Senado Federal brasileiro aprovou e promulgou a Resolução nº. 5/2012, suspendendo a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Tal expressão proibia a conversão do cumprimento de pena na cadeia nos casos de tráfico de drogas em punições mais leves, como a prestação de serviços comunitários (SENADO FEDERAL, 2012).

Outras forças da sociedade brasileira têm destinado seus esforços para os problemas envolvendo drogas. Nesse sentido, é importante destacar alguns projetos em andamento no Brasil sobre a temática.

No Senado Federal tramita o Projeto de Lei nº. 187 de 2009 que objetiva alterar a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, para determinar como causa de aumento (de dois terços até o dobro) de pena a hipótese de tráfico de drogas cujos efeitos sejam mais graves para a saúde (SENADO FEDERAL, 2012). O autor do projeto, Senador Sérgio Zambiasi, preocupado com o alastramento do uso de “crack” bem como com o fato de a dependência dessa droga ser mais agressiva que outras, propõe aumentar a pena para os traficantes dessa espécie de droga.

Nesse sentido o autor do projeto propõe a alteração na redação do art. 33, da Lei de Drogas, incluindo um novo parágrafo prevendo a maleabilidade do juiz na consideração da lesividade do crime à sociedade citando ele casos “... de tráfico de drogas cujos efeitos sejam mais graves para a saúde.” (SENADO FEDERAL, 2012).

Contrariamente a política proibicionista de “guerra às drogas” tramitam no Senado Federal projetos que visam a prevenção do uso e comércio de drogas, como por exemplo, o Projeto de Lei nº. 183 de 2010, de autoria do Senador Magno Malta, que prevê a alteração da atual legislação antidrogas a fim de determinar que as emissoras públicas de radiodifusão veiculem programas e eventos de artes marciais como instrumento de combate às drogas e ainda sobre as políticas de combate ao uso de drogas e dados estatísticos nacionais de repressão ao tráfico de drogas (SENADO FEDERAL, 2012).

Tramita na Câmara dos Deputados projeto de Lei nº. 804/2011, de autoria do Deputado Rubens Bueno, que visa alterar a redação do artigo 33 da Lei de Drogas, a fim de estabelecer penas diferenciadas para o tráfico de entorpecentes de acordo com o grau de risco da substância (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012).

Desta forma estabelecer-se-iam casos de gradação de pena e esta seria calculada de acordo com a classificação de risco da substância, sendo levado em consideração o perigo à saúde do usuário, a possibilidade de causar dependência e os danos à sociedade, ouvidos os Ministérios da Saúde e da Justiça (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012).

Tal projeto visa criar uma escala punitiva mais maleável na esfera da cominação da pena do tráfico, onde as penalidades a serem aplicadas dependeriam da classificação da substância psicoativa (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012).

Ressalta o autor do projeto que, apesar de polêmica, a classificação de risco já é adotada na maioria dos Estados norte-americanos. Na Inglaterra, por exemplo, as penalidades

aplicadas também dependem da classificação da substância psicoativa e três categorias são utilizadas, de acordo com o grau de periculosidade da substância. Assim, a Classe A compreende drogas como heroína, ópio, metadona, morfina, LSD, ecstasy, cogumelos mágicos, crack e cocaína, ao passo que a Classe B inclui anfetaminas, codeína e barbitúricos. Em 2004, a maconha foi reclassificada para a Classe C, considerada a mais branda, juntamente com outras como os esteróides anabolizantes, o GHB (gama-hidroxibutirato) e a ketalina (cetamina) (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012).

Importante esclarecer que países europeus em sua maioria estabelecem explicitamente uma distinção entre uso e tráfico de maconha e uso e tráfico de outras drogas, além de muitos deles estabelecerem ainda a caracterização do crime e grau do tráfico através da quantidade da droga encontrada com o indivíduo (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012).

Algumas substâncias psicotrópicas possuem maior potencial ofensivo e de indução de dependência que outras. Por este fato, a maleabilidade na aplicação penal serviria para delimitar ou nortear o poder punitivo com critérios diferenciados de penalização do tráfico de drogas, haja vista a citada diferença entre as diversas substâncias. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012).

O Senado Federal instalou a Comissão de Juristas para elaborar o anteprojeto do Código Penal e recentemente aprovou a descriminalização do consumo de drogas e o cultivo para uso pessoal. Assim sendo, presumir-se-á para “uso pessoal” a quantidade que represente o consumo médio individual de cinco dias. Tal quantificação será definida de acordo com o grau lesivo da droga, em regulamentação a ser elaborada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Será considerada ainda a situação física e mental da pessoa, sua conduta no momento da apreensão e circunstâncias sociais e pessoais. Como limite ao uso, os juristas decidiram, no caso de uso em locais públicos próximos a escolas ou em locais com grande concentração de adolescentes, cominar a pena de prisão de 6 meses a 1 ano, além de multa. Essa punição servirá também para quem consumir drogas na presença de crianças, mesmo em ambiente privado (SENADO FEDERAL, 2012).

Para tráfico de drogas fora sugerida a redução da pena máxima de reclusão de 15 para 10 anos, sendo o tempo mínimo mantido em cinco anos. A mesma pena se estende ao cultivo, plantio ou colheita de matéria-prima para a fabricação de drogas (SENADO FEDERAL, 2012).

Muitos dos integrantes da comissão discutiram o fracasso da política de “guerra às drogas”, especialmente apoiada pelos Estados Unidos da América e que, quando iniciada pelo mesmo país, contou com a adesão de diversos outros países (SENADO FEDERAL, 2012).

Percebe-se assim, um esforço tímido dos tribunais e outros membros estatais brasileiros com relação à polêmica Lei nº. 11.343/2006, mais especificamente no que tange a problemática à cerca do tráfico de drogas como tipo penal aberto. No entanto, a conformação com o sistema proibicionista de guerra às drogas gera “sérias violações aos direitos dos sujeitos vulneráveis à incidência das agências punitivas” e resulta no distanciamento do propósito constitucional de efetivar os direitos e garantias fundamentais (CARVALHO, 2010, p. 3).

Diante de tal situação, certo é o entendimento de que a “guerra às drogas” e a demora na mudança do atual tratamento dado aos tipificados pela Lei de Drogas, principalmente a inércia quanto ao tema, resulta na lesão de alguns princípios constitucionais.

Como mencionado, alguns julgados da Suprema Corte brasileira bem como de outros membros da sociedade direcionam suas ações almejando melhorias quanto à questão em pauta. Com essa demora verifica-se malefícios como a superlotação das prisões brasileiras, a punição desproporcional de pequenos e médios traficantes, dentre outras graves ofensas ao texto constitucional.

5 CONCLUSÃO

Observou-se que no decorrer desse trabalho foi apresentada a evolução da legislação proibicionista de drogas no Brasil e no mundo com vistas às suas conseqüências.

A Lei nº. 11.343/2006, atual lei anti-drogas no Brasil, é alvo de polêmicas, pois inovou quanto à despenalização do consumo de drogas, mesmo que mantendo a conduta como crime, prevendo penas alternativas como advertência, prestação de serviço à comunidade e medida educativa.

No entanto, com relação ao tráfico de drogas, a nova Lei endureceu as penas que na antiga Lei nº. 6.368/1976 era de reclusão de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. Hoje ao traficante é aplicada pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Percebe-se que o Brasil, assim como muitos outros países signatários das convenções internacionais sobre drogas, tem unido esforços legislativos, de forças repressivas policiais e do aparato de justiça para o combate, principalmente, ao tráfico de drogas, investindo em políticas cada vez mais proibicionistas.

A legislação brasileira, embora tenha, nos últimos anos, buscado atualizar-se diante do cenário internacional e da crescente estatística sobre o consumo e a apreensão de drogas, fica ainda muito longe do esperado, uma vez que as políticas públicas direcionadas ao combate ao consumo e ao tráfico de drogas tenham sido quase que exclusivamente repressivas. Em outras palavras, não existe preocupação ou ação efetiva voltada à prevenção e ao enfrentamento dos danos causados pelas drogas em relação aos dependentes e sim com a perseguição ao traficante.

A Lei nº. 11.343/2006 é tema de divergências entre muitos doutrinadores, pois apesar de fundar-se em um modelo médico-psicológico, onde busca tratar o usuário e punir o traficante, não contempla e não dá condições para que as medidas sejam realmente efetivadas, uma vez que é impossível o tratamento efetivo ao usuário, haja vista, o sistema precário de saúde que o Brasil oferece nesse setor.

Com a intenção de acabar como tráfico de drogas a Lei em vigor recrudescer o tratamento ao traficante impondo-lhe penas mais duras, mas esqueceu-se ou omitiu-se de prever dispositivos intermediários, haja vista, a revelação de mais de uma categoria de traficante na realidade social brasileira.

No Brasil, aplicam-se as mesmas penas para o pequeno, médio e grande traficante e ainda há espaço para erros cometidos pelos operadores do direito quando da aplicação das penas impostas aos traficantes para os meros usuários que muitas vezes são condenados como se traficantes fossem.

Essa omissão da Lei nº. 11.343/2006 que reafirmou a omissão já existente na antiga Lei nº. 6.368/1976 viola muitos princípios penais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, princípios estes garantidores de um Estado Democrático de Direito.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não está no ápice do ordenamento jurídico apenas figurativamente, os princípios estão previstos na Carta Magna e por esta razão são sinônimos de obrigação. Nesse sentido, quando a norma que garante um direito não é aplicada não há efetividade.

O Supremo Tribunal Federal tem decidido, mesmo que de forma tímida, em favor dos princípios penais de garantia primando pela igualdade penal, proporcionalidade e individualidade das penas no que tange à questão das drogas a exemplo da inconstitucionalidade anunciada pela Suprema Corte e pelo Senado Federal brasileiro de parte do § 4º do artigo 33 e do artigo 44 da Lei nº. 11.343/2006. Nesse sentido, resolveram atacar a violação aos princípios da taxatividade e da legalidade da Lei nº. 11.343/2006, haja vista as imprecisões e vaguezas de seus dispositivos, resultando em séria afronta a diversos princípios constitucionais, pois não diferencia com efetividade usuários de traficantes, nem pequeno, médio e grande traficante.

É urgente no Brasil a modificação da legislação de drogas nesse sentido, para diminuir o grau de violações aos princípios constitucionais citados, trazendo maior grau de justiça para a aplicação da norma à realidade. Dessa forma, as penas serão mais proporcionais, adequadas ao grau de culpabilidade de cada conduta praticada.

A pesquisa que aqui se conclui cumpriu seus objetivos na medida em que apresentou as incoerências do tipo penal de drogas e, ao mesmo tempo, a necessidade de graduar as condutas em novos tipos penais, com penas mais adequadas ao grau de reprovabilidade da conduta.

A efetividade na aplicação dos princípios constitucionais é responsável, justamente, pela unidade interna da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e por esta razão todas as previsões da Suprema Carta brasileira existem para serem efetivadas em sua integralidade a fim de garantir o progresso dentro da ordem. O contrário disso é pernicioso e ameaça, inclusive, o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Vânia Sampaio. **Modelos de atenção à saúde de usuários de álcool e outras drogas**: discursos políticos, saberes e práticas. Cad. Saúde Pública [online]. 2009, vol.25, n.11, pp. 2309-2319. ISSN 0102-311X. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-311X2009001100002>. Acesso em: 06 de jun. de 2012.
- ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2012. Portaria nº. 344 de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: http://www.anvisa.gov.br/legis/portarias/344_98.htm. Acesso em: 09 de jun. de 2012.
- APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BATISTA, Nilo. **Punidos e Mal Pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- BIZZOTO, Alexandre et al. **Comentários Críticos à Lei de Drogas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 3. ed, Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- BOITEUX, Luciana et al. **Sumário Executivo**: relatório de pesquisa “tráfico de drogas e constituição”. Rio de Janeiro/Brasília: 2009. Disponível em: http://arquivos.informe.jor.br/clientes/justica/agencia/agosto/Sumario_executivo_pesquisa_Trafico.pdf. Acesso em: 20 abr. de 2012.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BRASIL, Decreto nº 7.179, de 20 de maio de 2010. Institui o Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas, cria o seu Comitê Gestor, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7179.htm. Acesso em: 10 de jun. de 2012.

BRASIL, Decreto nº. 154 de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de

BRASIL, Lei nº. 11.343 de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 10 de jun. de 2012.

BRASIL, Lei nº. 6.368 de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm. Acesso em: 10 de jun. de 2012.

BRASIL, Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen. Disponível em: <http://www.dpf.gov.br/institucional/relatorio-anual-pf/RA%20%202008.ppt/view>. Acesso em: 09 de jun. de 2012.

BRASIL, Resolução nº. 5 de 2012. Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=244829&norma=264613>. Acesso em: 10 de jun. de 2012.

BRASIL. Departamento de Polícia Federal. **Relatório Anual de Atividades**. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://www.dpf.gov.br/institucional/relatorio-anual-pf/RA%20%202008.ppt/view>. Acesso em: 06 de abr. de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104339. Marcio da Silva Prado e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 11 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=104339&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 10 de jun. de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 97256. Rafael da Silva Mendes e Ministério Público Federal. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento em: 01 de Nov. de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28tr%EFflico+de+dr+ogas+o+processo+de+individualiza%E7%E3o+de+pena%29&pagina=2&base=baseAcordaos>. Acesso em: 10 de jun. de 2012.

BRITO, Eduardo Machado de. **Política Nacional sobre Drogas: a (in) efetividade das alterações feitas pela Lei n. 11.343/06, no âmbito penal, no combate ao tráfico de drogas.** Trabalho Monográfico apresentado em Biguacú em 2008, p. 27/28 e 29. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Eduardo%20Machado%20de%20Brito.pdf>. Acesso em: 5 de mai. De 2012.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012. Projeto de Lei nº 804/2011. Autor: Deputado Rubens Bueno. Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_lista.asp?Pagina=1&formulario=formPesquisaPorAssunto&Ass1=tr%C3%A1fico+&co1=+AND+&Ass2=pena&co2=+AND+&Ass32=&Submit2=Pesquisar&sigla=&Numero=&Ano=&Autor=&Relator=&dtInicio=&dtFim=&Comissao=&Situacao=&OrgaoOrigem=todos. Acesso em: 09 de jun.2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Salo. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.** 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Câmara Técnica de Saúde Mental. Cracolândia, por diretrizes convergentes. Rev. latinoam. psicopatol. fundam., São Paulo, v. 15, n. 1, mar. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141547142012000100001&lng=pt&nrm=iso. Acesso: em 05 de mai. De 2012.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/MLA/pt/bra/pt_bra_1988_convencao_trafico.pdf. Acesso em: 10 de jun. de 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- FREUD, Sigmund. **O Mal-estar na Cultura**. 1. ed. Porto Alegre: L&PM, 2010.
- GARCIA, Maria Lúcia Teixeira et al. **A política antidrogas brasileira: velhos dilemas**. Porto Alegre, v. 20, n. 2, ago. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822008000200014&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 05 de abr. de 2012.
- GOMES, Luiz Flávio et al. **Lei de Drogas Comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1991.
- IBCRIM. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Política de Drogas, Cultura do controle e Propostas Alternativas. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/comissoes/politicaDrogas.php>. Acesso em: 10 de jun. de 2012.
- JESUS, Maria Gorete Marques de et al. **Prisão Provisória e Lei de Drogas**: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>. Acesso em: 10 de jun. de 2012.
- LEONARDO, Marcelo. Crimes ambientais e os princípios da reserva legal e da taxatividade do tipo em direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 37, v. 10, 2002.
- LIMA, Rita de Cássia Cavalcante. **Uma história das drogas e do seu proibicionismo transnacional**: Relações Brasil-Estados Unidos e os organismos internacionais. Rio de Janeiro: 2009. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/36564062/Uma-historia-das-drogas-e-do-proibicionismo-transnacional-Tese-Lima-2009-UFRJ>. Acesso em: 06 de jun. de 2012.
- LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Teoria dos tipos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral - Arts. 1º a 120 do CP. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- MISSE, Michel. **Mercados ilegais, redes de proteção e organização local do crime no Rio de Janeiro**. São Paulo, v. 21, n. 61, dez. 2007. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340142007000300010&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 23 de abr. de 2012.

NERY FILHO, A., et al. **Toxicomanias: incidências clínicas e socioantropológicas**. 1. ed. Salvador: EDUFBA, 2009. Disponível em: <http://books.scielo.org>. Acesso em: 05.04.2012.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 85, v. 18, 2010.

NEVES, Marcella Moraes Pereira das. **Política Criminal Antidrogas**. Juíz de Fora: 2006. Disponível em: http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_40010.pdf. Acesso em: 06 de jun. de 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ONU. UNODC. United Nations Office on Drugs and Crime. Disponível em: <http://www.unodc.org/southerncone/pt/drogas/marco-legal.html>. Acesso em: 05 de abr. de 2012.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Elementos de Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998.

SENADO FEDERAL, Jornal do Senado. Notícia publicada em: 29 de mai. de 2012. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/jornal/edicoes/2012/05/29/consumo-e-cultivo-pessoal-de-drogas-podem-ser-descriminalizados>. Acesso em: 09 de jun. de 2012.

SENADO FEDERAL, 2012. Projeto de Lei nº. 183 de 2010. Autor: Magno Malta. Disponível em:

http://www.senado.gov.br/atividade/materia/consulta.asp?Tipo_Cons=8&orderby=6&hid_comissao=TOD+-+TODAS&hid_status=TOD+-+TODAS&str_tipo=PLS&selAtivo=&selInativo=&radAtivo=S&txt_num=183&txt_ano=2010&sel_tipo_norma=&txt_num_norma=&txt_ano_norma=&sel_tipo_autor=&txt_autor=&sel_partido=&sel_uf=&txt_relator=&ind_relator_atual=S&sel_comissao=&txt_assunto=drogas&t

ip_palavra_chave=T&rad_trmt=T&sel_situacao=&ind_status_atual=A&dat_situacao_de=&dat_situacao_ate=&txt_tramitacao=&dat_apresentacao_de=&dat_apresentacao_ate= Acesso em: 11 de jun. de 2012.

SENADO FEDERAL, 2012. Projeto de Lei nº. 187. Autor: Sérgio Zambiasi. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90978. Acesso em: 11 de jun. de 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 4. ed. São Paulo, Malheiros, 1998.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Uso de Drogas e Sistema Penal**: entre o proibicionismo e a redução de danos. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZALUAR, Alba et al. **Drogas e Cidadania**: repressão ou redução de danos. 1.ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.