

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

MARIANA XAVIER DOS SANTOS

Os impactos da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) no sistema prisional brasileiro

Juiz de Fora

2017

MARIANA XAVIER DOS SANTOS

Os impactos da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) no sistema prisional brasileiro

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito sob a orientação da Prof^a. Dr^a Éllen Cristina Carmo Rodrigues.

Juiz de Fora

2017

FICHA CATALOGRÁFICA

<p>Obs: Os detalhes de como fazer essa ficha serão fornecidos individualmente, na Biblioteca Central da UFJF. O aluno (a) deve procurar a bibliotecária quando terminar todo o texto da monografia. Lá irá obter o número/registro CDU</p>
--

MARIANA XAVIER DOS SANTOS**Os impactos da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) no sistema prisional brasileiro**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, na área de concentração Direito, submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof^ª. Dr^ª. Éllen Cristina Carmo Rodrigues

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^ª. Ms. Dr. Cléverson Raymundo Sbarzi Guedes

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Ms. Ricardo Ferraz Braidá Lopes

Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA: () APROVADO () REPROVADO

Juiz de Fora, 28 de novembro de 2017.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à querida professora Ellen por toda orientação e a todos os amigos e familiares que de alguma forma colaboram na realização deste trabalho.

EPÍGRAFE

“As questões relacionadas às drogas são reais. Elas, sem qualquer sombra de dúvidas, auxiliam na corrosão dos parâmetros sociais; entretanto, não é através das vias rasteiras e indignas ao Estado Democrático de Direito que será alcançada uma reviravolta positiva. A manutenção dos valores constitucionais escudados pelos direitos humanos é fundamental para que a sociedade passe pelos momentâneos óbices e deixe intactos os seus indicadores éticos. (...)” (BIZZOTO, 2007, p.2).

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise dos impactos que a Lei 11.343, também conhecida como Lei de Drogas, trouxe ao sistema prisional brasileiro após a sua promulgação no ano de 2006. A pesquisa em seu desenvolvimento realiza uma contextualização vinda desde períodos históricos até os dias atuais, mediante a apresentação de dados estatísticos que demonstram um efetivo encarceramento em massa no sistema penitenciário brasileiro desde a década de 1990. Tal hiperencarceramento muito se relaciona com a política de drogas norte-americana que fora adotada no Brasil. Além disso, temos a abordagem da questão da seletividade penal nos casos que envolvem o tráfico de drogas, traçando um paralelo entre a questão do usuário e traficante. Deste modo, buscamos a proposta de uma solução a ser adotada visando uma redução do encarceramento em massa que ocorre hoje no Brasil.

Palavras-chave: lei de drogas; sistema prisional brasileiro; hiperencarceramento; seletividade penal.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the impacts that Law 11.343, also known as the Drug Law, brought to the Brazilian prison system after its promulgation in 2006. Research in its development carries out a contextualization from historical periods to the with the presentation of statistical data that demonstrate an effective mass incarceration in the Brazilian penitentiary system since the 1990s. Such hyperincarceration is very much related to the US drug policy adopted in Brazil. In addition, we approach the issue of criminal selectivity in cases involving drug trafficking, drawing a parallel between the question of the user and the trafficker. In this way, we seek the proposal of a solution to be adopted aiming at a reduction of the mass incarceration that takes place in Brazil today.

Key-words: drug law; Brazilian prison system; hyperincarceration; criminal selectivity.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
OEA	Organização dos Estados Americanos

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA CARCERÁRIO NO OCIDENTE.....	12
3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA CARCERÁRIO NO BRASIL.....	16
4. QUESTÃO DO CÁRCERE NO BRASIL ATUAL.....	26
5. A LEI 11.343/06 E SEUS IMPACTOS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.....	28
5.1. A guerra às Drogas à Brasileira: as tensões atuais.....	35
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	40

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo a realização de uma análise dos impactos que a Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) trouxe ao sistema carcerário brasileiro após sua entrada em vigor no ano de 2006. Porém, antes de ater as atenções à questão específica pós Lei de Drogas, demonstraremos, ainda que sucintamente, uma evolução do cárcere no ocidente, para que assim possamos realizar uma contextualização dos sistemas penais que já existiram e os que ainda existem com base nos momentos históricos vivenciados pela humanidade desde os primórdios da civilização ocidental.

Em momento posterior a esta evolução histórica do cárcere no contexto da civilização ocidental, trataremos da evolução da aplicação das penas e do sistema penitenciário brasileiro, desde a época em que o Brasil era colônia de Portugal, até o período da década de 1990 onde começa a ser adotada pela nossa legislação políticas repressivas de controle, principalmente em relação aos entorpecentes em razão de forte influência da política de guerra às drogas de origem norte americana que se propagava pelo mundo.

Mediante a análise de dados do CNJ¹ e do DEPEN², além da análise de jurisprudências de nossas Cortes Superiores, realizaremos uma análise do cárcere no Brasil na atualidade. Neste momento poderemos observar que mesmo com a evolução da sociedade, da legislação e das formas de cumprimento de pena, o sistema carcerário no Brasil, ainda deixa muito a desejar. No julgamento do Recurso Extraordinário nº580.252/MS (dezembro/2014)³, o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavaski, em trechos do seu voto destaca que ‘em nossas prisões as condições de vida são intoleráveis’ e, na prática, ‘os presos não tem direitos’.

Em grande medida, a situação em que se encontra atualmente o sistema penitenciário brasileiro se deve a política repressiva de combate drogas. Destaca-se que esta política repressiva não advém unicamente da legislação de drogas vigente nos dias atuais (Lei 11.343/06). Na verdade, existe todo um contexto histórico mundial que será demonstrado, onde se impôs a adoção de políticas repressivas contra as drogas que vem desde a década de 1970.

¹ CNJ – Conselho Nacional de Justiça

² DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional

³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2600961>> Acesso em: 31 de agosto de 2017.

Essa política repressiva adotada pelo Brasil em relação às drogas, que passa a priorizar a prisão e deixar em um segundo plano a prevenção, se tornou a principal responsável pelo aumento da população carcerária. Segundo dados do DEPEN, a quantidade de presos atualmente no Brasil pelo crime de tráfico de drogas, já é superior aos presos por crimes violentos como roubo e homicídio.

Além desse crescimento em massa da população carcerária no Brasil, principalmente sob a análise da política repressiva contra os entorpecentes, ponto importante também a ser analisado é a questão da relação existente entre a seletividade penal e o próprio crime de tráfico de drogas. Será demonstrado, o quanto é comum no Brasil vermos situações em que pessoas consideradas pobres fiquem presas e pessoas com alto poderio econômico conseguem se livrar do cárcere, mesmo com ambas tendo cometido o mesmo delito penal.

Com isso, temos que, o que ocorre na realidade não é uma criminalização do tráfico de entorpecentes de maneira igualitária a todos, mas sim, uma criminalização da pobreza, como se aqueles que moram em “favelas”, fossem o ponto crucial e os únicos responsáveis pelo tráfico de drogas no país.

Pretende-se, por fim, ao final deste trabalho buscar possíveis soluções, não as tratando como verdades absolutas, a questão do hiperencarceramento no Brasil, principalmente sob o ponto de vista do encarceramento relacionado ao crime de tráfico de drogas.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA CARCERÁRIO NO OCIDENTE

Para que se faça uma análise dos sistemas carcerários no ocidente, é necessária, anteriormente, uma breve pesquisa histórica sobre o surgimento das penas privativas de liberdade no Ocidente. Em relação às penas, segundo Bitencourt (2015)⁴, de modo geral, cumpre destacar que, ‘antes da adoção das penas de privação de liberdade, existiram outras modalidades punitivas, algumas até mesmo anteriores ao advento dos Estados, sendo definidas a partir de poderes punitivos domésticos’, aos quais se atribuía, muitas vezes, legitimações de caráter divino.

Nos primórdios da civilização ocidental, as penas consistiam em uma Vingança Privada ou autodefesa, prevalecendo sempre a lei do mais forte. A pena não obedecia a

⁴ **BITENCOURT, César Roberto.** *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 250.

critérios de proporcionalidade e pessoalidade, pois, o uso da força por aquele que fora ofendido, ou seu representante, se estendia, muitas vezes, à família do dito ofensor.

Mediante a ocorrência de evoluções sociais nas sociedades ocidentais, adveio a Lei de Talião em meados do ano de 1.700 a.C. Essa lei trouxe consigo os primeiros indícios de proporcionalidade entre pena e delito, prescrevendo a famosa máxima ‘olho por olho, dente por dente’. A prática dessa lei foi adotada principalmente na Babilônia e em Roma, nos termos da chamada Lei das XII Tábuas. Batista (2001)⁵, destaca um exemplo do método de proporção utilizado na legislação babilônica:

Na antiga legislação babilônica editada pelo rei Hamurabi, verifica-se que se um pedreiro construísse uma casa e esta desabasse, matando o morador, o pedreiro seria morto; no entanto, se também morresse o filho do morador, o filho do pedreiro haveria de ser sacrificado. De nada adiantaria ter observado as regras usuais nas construções de uma casa, ou pretender associar o desabamento a um fenômeno sísmico (uma acomodação do terreno, por exemplo). Seria, sempre, objetivamente responsável; ele e sua família, dependendo da extensão do dano causado.

De acordo com Bitencourt (2015)⁶, com a queda do Império Romano, séc. IV d.C, e a conquista dos povos germânicos sobreveio o direito germânico com forte influência da Igreja e do Direito Canônico, onde pela vingança divina se exercia a proporcionalidade do pecado cometido pelo acusado contra Deus. Durante esse período, Estado e Igreja ainda se confundiam no exercício do poder, mas ocorreram avanços na questão da prisão-pena. Porquanto, ao longo da Idade Média, as penas privativas de liberdade foram se desenvolvendo com forte influência religiosa, de modo que a privação da liberdade do indivíduo era tida como pena, mas, sobretudo, como forma de penitência.

Já na Idade Moderna, durante os séculos XV à XVIII, tivemos um período de transição, onde ocorreu um crescimento do comércio, das populações e até mesmo das próprias cidades. Mas, também durante este período, mais precisamente entre os séculos XVI e XVII a pobreza se abateu por toda Europa Ocidental. Diante desta situação vivenciada, segundo Bitencourt (2015)⁷, começou-se a se ‘experimentar todos os tipos de reações penais’. Durante este período também tivemos um forte desenvolvimento das penas privativas de liberdade, começando a se distanciar do caráter de penitência religiosa, com a criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados.

⁵ **BATISTA Nilo.** *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Editora Revan. 2001, p. 102.

⁶ **BITENCOURT, César Roberto.** *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 263

⁷ **BITENCOURT, César Roberto.** *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*, São Paulo, Saraiva, 2015, p.300.

Além das várias modalidades de cumprimento de pena conforme já mencionado neste trabalho, durante a história mundial, mais precisamente a partir do séc. XVIII ocorreu o surgimento de vários sistemas, não existindo apenas os de origem norte-americana, com cada um apresentando características inerentes a si e a sociedade que o originou. Discorreremos aqui, ainda que de forma sucinta, sobre os principais sistemas buscando realizar uma contextualização histórica, para chegarmos a atualidade vivenciada no Brasil.

2.1) Sistema Pensilvânico

Esse sistema originou-se com a construção da primeira prisão norte-americana no ano de 1776. Com o surgimento dessa primeira prisão, Benjamin Franklin, um dos principais influenciadores para criação de tal sistema, difundiu a ideia de isolamento do preso, que posteriormente, acaba por se tornar uma das características basilares do sistema pensilvânico.

Mediante forte pressão por parte da opinião pública, as autoridades iniciaram em 1790, a organização de uma instituição que se baseava no isolamento em uma cela, com orações e abstinências de bebidas alcoólicas, sendo este o único meio para se ‘salvar criaturas infelizes’.

Bitencourt (2015)⁸, em sua obra afirma que um sistema que inicialmente carregava consigo características para o sucesso, acaba por tomar um caminho rumo ao fracasso, conforme abaixo transcrito:

A experiência iniciada em Walnut Street, onde já começaram a aparecer claramente as características do regime celular, sofreu em poucos anos graves estragos e converteu-se em um grande fracasso. A causa fundamental do fracasso foi o extraordinário crescimento da população penal que se encontrava recolhida na prisão de Walnut Street.

Mediante tal fracasso, começou-se a busca por um sistema baseado na separação dos prisioneiros, com uns ficando em um isolamento absoluto e outros tendo alguns direitos, gerando um ‘falso relaxamento’ do cárcere, permitindo, por exemplo, algum trabalho na própria cela.

Um sistema que foi criado objetivando melhorar as prisões buscando a melhor forma para o cumprimento de pena e conseguir a recuperação do delinquente, passa a ser um instrumento eficiente de dominação, deixando de cumprir o fim no qual foi criado, gerando a necessidade de um sistema que venha a superar o regime celular que era adotado até então.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*, São Paulo, Saraiva, 2015, p.349/350.

2.2) Sistema Auburniano

Esse sistema surge como uma necessidade de superar as limitações e defeitos do regime celular adotado pelo sistema Pensilvânico, adotando, além do trabalho comum, a regra do silêncio absoluto. A ideia deste silêncio absoluto se baseava na ordem de que os detentos não poderiam falar entre si, mas, somente com os guardas, com licença prévia e em voz baixa. Esse silêncio absoluto era entendido como uma maneira de propiciar a meditação e uma forma de correção dos detentos. Além disso, seria um instrumento essencial de poder, permitindo que uns poucos (guardas) controlassem uma multidão (detentos).

Porém, Foucault (1976)⁹ não entende o sistema auburniano como um instrumento que propicie a reforma ou correção do delinquente, mas como um meio eficaz para a imposição e manutenção do poder. Nesse sentido afirma que

Este jogo de isolamento, de reunião sem comunicação e da lei garantida por um controle ininterrupto deve readaptar o criminoso como indivíduo social: educa-o para uma atividade útil e resignada, e lhe restitui alguns hábitos de sociabilidade.

O trabalho no sistema auburniano apresenta uma ideia de que este seria a única atividade capaz de satisfazer as necessidades do ‘não proprietário’ e, também como um modelo educativo que permitiria a proletariado incorporar-se à força de trabalho.

Porém, conforme bem destacado por Bitencourt (2015)¹⁰

(...), esse propósito caiu por terra. Uma das causas desse fracasso foi a pressão das associações sindicais que se opuseram ao desenvolvimento de um trabalho penitenciário. A produção nas prisões representava menores custos ou podia significar uma competição ao trabalho livre. Esse fator originou a oposição dos sindicatos ao trabalho produtivo que pretendia impulsionar o *silent system*.

2.3) Sistemas Progressivos

Durante o século XIX ocorreu a efetivação da pena privativa de liberdade, que vem sendo a base do sistema penal até a atualidade. A preponderância da pena privativa de liberdade leva a um conseqüente abandono da aplicação da pena de morte e penas de caráter corporal, estando tal questão ligada principalmente aos tratados de Direitos Humanos que foram sendo celebrados ao longo dos anos, e que apresentam um caráter de repúdio a aplicação de penas de morte e corporais.

⁹ **FOUCAULT, Michel.** *Vigilar y castigar*, México, Siglo XXI, 1976, p. 240.

¹⁰ **BITENCOURT, César Roberto.** *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*, São Paulo, Saraiva, 2015, p.357

O regime progressivo, basicamente, visa distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se os privilégios e benefícios de acordo com a boa conduta do preso durante o cumprimento de sua pena. Outra característica inerente a esse sistema é a possibilidade do preso se reincorporar na sociedade antes do término do cumprimento de sua pena.

O sistema progressivo apresentou três origens distintas, nas quais: inglesa, irlandesa e montesina. O sistema progressivo inglês ou *mark system*, resumidamente, consistia em medir a duração da pena por meio de uma soma de trabalho e boa conduta do condenado. Tal sistema se dividiu em três períodos: isolamento celular diurno e noturno; trabalho em comum sob a regra do silêncio; e, liberdade condicional.

Já o sistema progressivo irlandês, objetivou alcançar a liberdade dos presos, de um modo que promovia estímulos para a condução a liberdade como mera consequência. Tal sistema surgiu almejando promover melhoras em pontos que o sistema inglês já havia implantando, pois, acreditava-se que além do que vinha sendo feito deveria ter ocorrido uma preparação do recluso para seu retorno a liberdade. Em busca desse objetivo, estabeleceu-se a criação de prisões intermediárias. O regime irlandês foi composto por quatro fases: reclusão celular diurna e noturna; reclusão celular noturna e trabalho diurno em comum; período intermediário; e, liberdade condicional.

E, por fim, o sistema de Montesinos, se baseava em uma capacidade de liderança disciplinar frente aos reclusos e não pela dureza nos castigos aplicados. Aqui, exercia-se uma grande autoridade moral. Um dos principais aspectos deste sistema foi à importância que se deu às relações com os presos, que passou a se fundar em sentimentos de confiança e estímulos, chegando a uma forma que estimulou a reforma moral do preso.

O Sistema Progressivo com o passar dos anos passou por inúmeras modificações, mas até nos dias atuais ainda é aplicado em diversos países, inclusive no Brasil. Cabe destacar também que o sistema progressivo muito contribuiu para a forma como acontece a individualização da pena atualmente na execução penal.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Até o ano de 1822, o Brasil ainda era uma colônia portuguesa e não tinha um Código Penal próprio, que só veio a ser promulgado em 1830, ficando conhecido como Código Penal do Império. No período Colonial, o Brasil era submetido às Ordenações Filipinas, que

elencavam como penas passíveis de serem aplicadas as penas de morte, penas corporais (açoite, mutilação, queimaduras), confisco de bens, etc.¹¹ Com o advento do Código Penal Imperial, as penas de prisão passaram a ser adotadas, contudo os estabelecimentos penitenciários eram considerados extremamente precários.

Em 1890, após a Proclamação da República que ocorreu em 1889, foi promulgado o primeiro Código Penal Republicano, que veio a abolir as penas de morte, penas perpétuas, açoite e galés. A extinção dessas modalidades de pena se deu em razão de avanços sociais que vinham ocorrendo com a adoção do modelo Republicano, como exemplo, a promulgação da Lei Áurea que colocou fim a escravidão. Este novo código apresentava penas mais brandas e com caráter de correção, mas, preservando o caráter de repressão e dominação social.

Com o passar dos anos, segundo Bitencourt (2015)¹², foram surgindo inúmeras leis que apresentavam forte tendência em buscar uma revisão do Código Penal de 1890, pois, juristas da época muito criticavam a legislação vigente por esta apresentar imperfeições e deficiência de seus conceitos.

Em 1934 ocorreu a promulgação da Constituição da República, e a nova redação trazida por esta veio a extinguir penas de morte, confisco de bens e as de caráter perpétuo, havendo a exceção apenas nos casos de guerra declarada. Porém em 1937, com a entrada do Estado Novo, mudanças políticas ocorreram e trouxeram influências na lei penal. Nesse período, Getúlio Vargas outorgou nova Constituição Federal que apresenta características de poderes autoritários e militar, ocorrendo inclusive, a criação de crimes políticos. Em momento posterior, em dezembro de 1940, é promulgado um novo Código Penal. Este código, segundo Shecaria e Corrêa Júnior (2002)¹³, era caracterizado pelo ‘tecnicismo jurídico e pelo desprezo a criminologia’. As penas a partir da promulgação deste código passaram a ter uma separação entre ‘principais e acessórias’. Destaca-se que neste momento o país ainda encontrava-se sob a vigência da Constituição de 1937.

Já em 1946, nova Constituição Federal foi promulgada. Esta Constituição apresentava característica de limitação ao poder punitivo do Estado, além de consagrar formalmente a individualização e personalidade da pena. Porém, em 1964 ocorre o golpe

¹¹ BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*, São Paulo, Saraiva, 2015, p.160.

¹² BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*, São Paulo, Saraiva, 2015, p.161.

¹³ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.476.

militar¹⁴, inaugurando o período ditatorial ‘mais longo e pernicioso da história do Brasil’¹⁵. De imediato, as leis penais do Código Penal de 1940 não foram alteradas, mas garantias formais que estavam presentes na legislação não surtiam mais efeitos frente à ação da polícia armada por influência da ditadura militar.

No ano de 1969 um novo Código Penal é promulgado pelos Ministros das Forças Armadas, trazendo a baila novamente as penas de morte, perpétua e a pena de 30 anos de reclusão para crimes políticos. Além disso, ocorreu forte redução das garantias processuais. Bitencourt (2015)¹⁶, em sua obra, definiu este código como sendo o “*vacatio legis* mais longo de nossa história”. Destaca-se também que este código promulgado em 1969 ficou conhecido como Código Penal Militar.

Ainda sobre a vigência do regime militar, entre as décadas de 1960 a 1970 no Brasil, segundo Carvalho (1996)¹⁷ ‘o consumo de drogas, principalmente drogas psicodélicas, como o LSD e a maconha, alcançaram amplitude generalizada e o controle tornou-se extremamente difícil para as agências de poder do Estado’. A realidade vivenciada neste momento no país era a vinculação do uso de drogas ilícitas a manifestações políticas contra a ditadura militar, com as drogas ‘saindo dos guetos e invadindo a classe média’¹⁸.

Com isso, no ano de 1968, foi editado o Decreto-lei 385, contrariando orientações internacionais e rompendo com o próprio discurso jurisprudencial brasileiro que pregava a diferenciação entre usuário e traficante, passando tal Decreto a prever a mesma sanção para traficante e usuário, ainda que o último fosse apenas mero dependente. Para muitos estudiosos da época, essa legislação fora considerada vexatória, tendo pouca aplicabilidade na prática dos tribunais.

Durante esse período de ditadura militar e aumento no consumo de drogas que vinha sendo vivenciado no Brasil, no território norte-americano, mais precisamente na década de

¹⁴ Segundo Castro (2011), o golpe militar, “foi o marco inicial para o período da Ditadura Militar”, que perdurou durante os anos de 1964 à 1985 no Brasil, sendo um período caracterizado por “restrições aos direitos fundamentais e pela edição de Atos Institucionais, que tinham a função de legitimar o regime militar que fora imposto”. A partir do golpe militar tivemos a ausência de democracia, supressão de direitos constitucionais, censura, perseguição política e repressão aos que eram contra o regime militar. Além disso, destaca-se que o regime militar que fora implementado no Brasil é uma clara influência que a Guerra Fria surtiu em toda a América Latina, onde vários países implementaram governos militares totalmente ditatoriais. (CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P. 234/236)

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *A evolução constitucional do Brasil*. Estud. av. vol.14 n°40 São Paulo Sept./Dec. 2000

¹⁶ BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*, São Paulo, Saraiva, 2015, p.167.

¹⁷ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil (do discurso oficial às regras de descriminalização)*. Tese de Mestrado – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1996. P.27.

¹⁸ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil (do discurso oficial às regras de descriminalização)*. Tese de Mestrado – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1996. P.27.

1970, durante o governo de Richard Nixon, vinha ganhando força a política de “guerra às drogas”. O governante da época identificou os psicoativos como sendo os ‘inimigos internos da nação’¹⁹, incentivando de forma incisiva ações repressivas contra o uso e comercialização de drogas.

De acordo com Carvalho (1996)²⁰

Passados estes três anos de verdadeira excrecência legislativa, o Brasil ingressa na década de setenta de forma exemplar, em perfeita sintonia com a orientação internacional no que diz respeito às legislações anti-drogas, sendo que a edição da Lei 5.726, de 29 de outubro de 1971, marca total autonomia da disciplina em tela.

A Lei 5.726/71 renova a redação do artigo 281 do Código Penal e modifica o seu rito processual, representando real e coerente iniciativa na repressão aos estupefacientes, chegando a ser considerada exemplar em nível mundial. O fato de não mais considerar o dependente como criminoso, porém, escondia faceta ainda perversa da Lei, que é de não diferenciar o usuário eventual (ou experimentador) do traficante.

Durante o transcorrer de toda a década 1970 ocorreu o incremento e a popularização de várias substâncias entorpecentes, fazendo com que o modelo político-criminal de controle passasse, segundo Carvalho (1996)²¹, da ‘órbita do discurso médico-jurídico ao discurso jurídico-político’. Neste período, em razão da forte influência da política de guerra às drogas, foi delegada a legitimidade para repressão, às agências de controle norte-americana, entendidas através das Nações Unidas, como os ‘operadores do controle por excelência em nível internacional’²², e, no caso específico latino-americano, a Organização dos Estados Americanos (OEA) instrumentaliza esta arbitrariedade.

Essa popularização do uso das drogas durante a década de 1970 fez com que o tráfico e o uso de drogas psicotrópicas crescessem de maneira alarmante no Brasil. Além disso, a droga que antes estava ‘adstrita aos marginais e aos indivíduos menos favorecidos pela fortuna, atingiu outras camadas sociais, os frequentadores de boates, artistas e, entre menores, colegas’²³.

¹⁹ **CARVALHO, Salo de.** *A Política Criminal de Drogas no Brasil (do discurso oficial às regras de descriminalização)*. Tese de Mestrado – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1996. P.37.

²⁰ **CARVALHO, Salo de.** *A Política Criminal de Drogas no Brasil (do discurso oficial às regras de descriminalização)*. Tese de Mestrado – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1996. P.34.

²¹ **CARVALHO, Salo de.** *A Política Criminal de Drogas no Brasil (do discurso oficial às regras de descriminalização)*. Tese de Mestrado – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1996. P. 196.

²² **CARVALHO, Salo de.** *A Política Criminal de Drogas no Brasil (do discurso oficial às regras de descriminalização)*. Tese de Mestrado – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1996. P. 196.

²³ **JUNQUEIRA, Gilberto Carvalho.** *Considerações sobre a toxicofilia no Brasil*. Revista do Conselho Penitenciário do Distrito Federal, Rio de Janeiro, n. 23, ano VII, 1970, janeiro a março.

A partir dessa concepção de ‘guerra às drogas’ que fora adotada no território norte-americano nos anos de 1970, caminhos mais radicais foram traçados, ocorrendo inclusive uma exportação da política americana de combate aos entorpecentes para inúmeros lugares do mundo, inclusive para o Brasil. Segundo, Carvalho (1996)²⁴

(...) A necessidade das agências internacionais de controle penal em tomar homogêneo o sistema de controle de drogas, viabilizou um processo de militarização, impondo uma Política Criminal autoritária sob o signo da ‘guerra às drogas’ e legislações que lesionam, gravemente, as conquistas garantidoras da humanidade (Direitos Humanos como limite e objeto do Direito Penal). O processo de transnacionalização do controle das drogas é fruto de processo idêntico na área do controle social.

Contudo, mesmo havendo previsões legislativas anti-drogas no Brasil, ainda assim não havia uma uniformização das leis de combate aos entorpecentes no país. Mediante a existência da necessidade de incrementar a repressão contra as drogas em nome da política de drogas norte-americana e criar uma nova estratégia político-criminal, voltada para a década de 1980 foi promulgada a Lei 6.368/76.

Segundo Carvalho (1996)²⁵,

(...) a Lei 6.368/76 instaura, no final dos anos setenta, novo modelo de controle que acompanha, novamente, as tratativas internacionais. A escassez do discurso médico-jurídico, no que tange à repressão, dá lugar ao sistema preponderantemente jurídico, baseado em legislação severa que, ao mesmo tempo que ainda mantém resquícios do antigo sistema (discurso médico-jurídico), elabora e legitima novo discurso, enfatizando o jurídico-político.

Cabe aqui destacar, que em meados da década de setenta e início da década de oitenta, o discurso jurídico-político instaurado pela Lei 6.368 chega ao seu ápice, com o apogeu da doutrina e a implantação irracional do modelo repressivo militarizado, em razão da influência ditatorial vivenciada na época.

Chegado ao ano de 1984, ainda sobre a vigência da ditadura militar, ocorre a reforma da parte geral do Código Penal de 1940. A reforma penal de 1984 se deu mediante a promulgação da Lei 7.209/1984, que trouxe, segundo Bitencourt (2015)²⁶, grandes mudanças na parte geral do código, implementando sanções penais com caráter humanizado, além de trazer consigo a abolição das penas acessórias e a implantação do sistema do duplo binário (possibilidade de responder com a pena criminal ou com medida de segurança). Nesse período, passa o nosso sistema penal ser regido pelo Sistema Vicariante (onde responderia

²⁴ **CARVALHO, Salo de.** *A Política Criminal de Drogas no Brasil (do discurso oficial às regras de descriminalização)*. Tese de Mestrado – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1996. P.6.

²⁵ **CARVALHO, Salo de.** *A Política Criminal de Drogas no Brasil (do discurso oficial às regras de descriminalização)*. Tese de Mestrado – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1996. P.36.

²⁶ **BITENCOURT, César Roberto.** *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*, São Paulo, Saraiva, 2015, p.179.

com a pena criminal ou medida de segurança, ficando o segundo caso reservado para aqueles considerados inimputáveis). Além disso, a reforma penal de 1984 reintroduziu no Brasil o sistema de ‘dias-multa’.

Também no ano de 1984 foi promulgada a Lei 7.210/84 conhecida como Lei de Execuções Penais. Tal lei visava regulamentar a classificação e individualização das penas, além de trazer ideias mínimas de tratamento ao apenado, resguardando seus direitos e estabelecendo seus deveres. Uma das inovações trazidas por esta Lei é a possibilidade do preso trabalhar e receber um salário pelo seu esforço.

Durante meados da década de 1970 e toda a década de 1980, ‘pressões populares foram se fortalecendo objetivando o fim da ditadura militar’²⁷. O Movimento Estudantil crescia, ‘exigindo democracia e denunciando intervenções dos Estados Unidos na estrutura educacional Brasileira e no sistema capitalista da época’²⁸. Mesmo havendo forte repressão governamental, as frentes de oposição intensificaram sua atuação. O movimento sindical iniciado no ABC paulista ganhou impulso, ocorrendo à deflagração de várias greves e reivindicações que se propagaram por todo o país. Já em 1984, a população, de forma maciça, passa a ir às ruas reivindicando eleições diretas, sob o conhecido emblema “Diretas Já!”.

Diante de tantas mobilizações sociais e o enfraquecimento do governo ditatorial, chega ao fim à ditadura militar, sendo realizadas no ano de 1985 eleições indiretas, com Tancredo Neves se elegendando Presidente da República, embora nunca tenha assumido o cargo em razão de uma doença que o acometeu levando a sua morte meses depois. Seu vice, ‘José Sarney tomou posse, iniciando o período que ficou conhecido como Nova República’²⁹.

Três anos mais tarde, ocorre à promulgação da Constituição Federal em 1988, preocupando-se principalmente com questões humanitárias, ligadas principalmente a dignidade da pessoa humana e demais direitos fundamentais que foram trazidos pelo artigo 5º da Carta Magna.

Mesmo com a Constituição de 1988 apresentando um caráter humanitário, e com a Lei de Execuções Penais visando trazer garantias ao preso, segundo Carvalho (1996)³⁰, ‘em relação ao tráfico de entorpecentes, a Constituição de 1988 dispensou tratamento rigoroso’,

²⁷ COSTA, L.C.A. MELLO, Leonel Itaussu. *História do Brasil*. São Paulo, Scipione, 2007. P. 379

²⁸ COSTA, L.C.A. MELLO, Leonel Itaussu. *História do Brasil*. São Paulo, Scipione, 2007. P. 395

²⁹ COSTA, L.C.A. MELLO, Leonel Itaussu. *História do Brasil*. São Paulo, Scipione, 2007. P. 397

³⁰ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil (do discurso oficial às regras de descriminalização)*. Tese de Mestrado – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1996. P. 129.

na medida em que o crime de tráfico passou a ser considerado insuscetível de fiança, graça ou anistia, por força do artigo 5º, XLIII³¹ Constituição Federal, vindo este crime ser posteriormente equiparado à categoria de crimes hediondos previstos na Lei 8.072/90, conhecida como a Lei dos Crimes Hediondos.

É válido destacar, que no começo da década de 1990, logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil que acabava de sair de um período ditatorial, entrou em uma era de urbanização. Neste período, ocorreram transformações políticas, econômicas e culturais na sociedade. Essas mudanças sociais e políticas, além da própria urbanização e do acesso à informação que havia sido suprimido em grande medida durante a ditadura militar, provocaram transformações que se materializaram em uma fragmentação social, passando a se dar uma grande importância ao lazer e ao consumo.

Essa busca pelo lazer e consumo, fora considerada como um instrumento de definição de novas identidades sociais, especialmente no que tange aos jovens. Com isso, muitos desses jovens da época, visando à efetivação de sua identidade social, acabam por buscar meios mais ‘fáceis’ de se chegar a esses objetivos. Em meio a essa busca, o mundo do crime, envolvendo principalmente o tráfico de drogas, surge como um meio de ‘fácil retorno’ para o alcance do objetivo almejado, fazendo com que ocorra um considerável aumento na criminalidade a partir desse período.

Durante este período começava a ocorrer um recrudescimento no uso de drogas em todo país. Tal recrudescimento se deu, em grande medida, conforme Tempone (2012)³², nas alterações havidas nos estilos de vida social que foram ocasionadas justamente em razão da urbanização vivenciada no país.

Em razão dessa realidade que era vivenciada no país no começo da década de 1990, com o aumento da criminalidade, o legislador entendeu ser necessário a implantação de uma legislação repressiva. Com isso, começou a ocorrer um claro aumento na população carcerária brasileira, demonstrando que os fins nos quais a pena se destinava não vinha se cumprindo.

³¹ Art. 5º 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:

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

³² **TEMPONE, Victor.** *Tráfico de Drogas e Violência Urbana: uma reflexão.* O Prisioneiro das Drogas. 2012. Disponível em: < <http://pontonulonotempo.blogspot.com.br/2012/08/trafico-de-drogas-e-violencia-urbana.html> > Acesso em: 21/10/2017.

Mesmo tendo ocorrido a reforma penal de 1984 e a promulgação da Lei de Execuções Penais e da Constituição de 1988, que trouxeram de forma conjunta alternativas ao cumprimento de pena e garantias fundamentais, estas não vinham sendo aplicadas de maneira efetiva.

Neste período, o tráfico de drogas ainda não se mostrava como o crime que mais prende no país como ocorre nos dias atuais. Porém, com o passar dos anos e com esse aumento no consumo de drogas pela população brasileira, segundo Valois (2016)³³, aqueles que até o fim do período ditatorial eram presos por crimes considerados comuns para época, como roubo ou sequestro, começam a ver no tráfico de drogas um negócio ‘menos arriscado’ – por inicialmente não haver confrontos diretos com policiais, e que, além disso, poderia dar um ‘retorno mais fácil’ – em análise sob o ponto de vista financeiro. Com isso, começa a surgir, principalmente no estado do Rio de Janeiro, o que hoje entendemos por facções criminosas, que comandam o grande tráfico nas favelas, gerando essa guerra entre ‘traficantes x policiais’ que até hoje é vivenciada. O ocorrido nas favelas cariocas é considerado o de maior relevância no cenário nacional, pois lá, durante a década de 1990, surgiram organizações conhecidas em todo país como o Comando Vermelho e o Terceiro Comando.

O documentário “*Notícias de Uma Guerra Particular*”, dirigido por Kátia Lund e João Moreira Salles em 1998-99, traz episódios do cotidiano das favelas do Rio de Janeiro no decorrer da década de 1990, referentes à violência, ao tráfico de drogas, ao policiamento repressivo, e, às consequências dessas circunstâncias, os quais continuam evidentes atualmente, mesmo se tratando de cenas vivenciadas no século passado.

Neste momento ocorre uma efetivação do poderio de grupos armados nos morros do Rio de Janeiro, vinculando-os principalmente ao tráfico de drogas e contrabando de armamento pesado. Além disso, neste período, segundo dados do Mapa da Violência³⁴, 57% dos homicídios no Rio de Janeiro na década de 1990 estavam ligados ao tráfico de drogas. Com isso, o governo da época e o legislador entendem que estas quadrilhas começavam a lesar o poder do Estado em sua soberania.

Nesse período, segundo Rolim (2011)³⁵, ainda que o sistema penal e constitucional visasse à efetivação de garantias fundamentais, a questão do uso e do tráfico de drogas fez com que o ‘ideário do sistema penal passasse a ser a contenção de determinados grupos

³³ VALOIS, Luís Carlos. *O Direito Penal da guerra às drogas*. Belo Horizonte. D’Plácido. P.346-348. 2016

³⁴ Mapa da Violência – Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_rj.pdf>
Acesso em: 22/10/2017.

³⁵ ROLIM, Rivail Carvalho. *Drogas e juventude no pensamento jurídico-penal durante o regime militar*. Anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH • São Paulo, julho 2011

sociais' (aqueles que moravam nas favelas), pois estes estariam colocando em risco a segurança nacional e pública do país. Sendo assim, mesmo com a transição, pelo menos em tese, para um estado democrático de direito, o que ganhou força neste período foi a 'nova cultura de controle do crime', com o país estando diante de 'inimigos que deveriam ser combatidos'.

A equiparação do crime de tráfico de drogas à categoria de crimes hediondos, conforme já mencionado, é uma evidencia clara do recrudescimento das normas penais brasileiras na década de 1990 em relação à política de drogas, na medida em que, a Lei de Crimes Hediondos proporciona nova legitimidade aos aparelhos de Estado na 'guerra contra às drogas'.

Outra medida de recrudescimento penal adotada na década de 1990 foi a Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/95). Segundo Carvalho (1996), a promulgação desta lei muito se relaciona com a Lei de Crimes Hediondos, pois esta fora considerada o 'suporte legal político-criminal para a edição da Lei do Crime Organizado em 1995'.

A Lei do Crime Organizado surge inspirada no modelo italiano visando combater esse novo tipo de criminalidade que se relacionava com o crime de tráfico de drogas. Porém, na realidade brasileira, a Lei do Crime Organizado e a Lei de Crimes Hediondos começaram a mostrar incompatibilidades com a própria Lei de Tóxicos em vigor na época (Lei 6.368/76), surgindo neste momento os primeiros indícios de que seria necessária uma nova legislação sobre drogas no país.

Diante disso, segundo Fernandes (1995)³⁶

Ambas as iniciativas legais, aquela que disciplinou o crime hediondo e esta que pretende combater o crime organizado, ressentem-se de falhas graves, que causam perplexidade ao intérprete e dificultam sobremaneira o trabalho dos juízes e tribunais.

Dito isso, a década de 1990 se mostrou como um período onde ocorreram inúmeras dissonâncias legislativas em nossa sociedade, pois, ao mesmo tempo em que se objetivava garantir direitos por meio de uma Constituição Democrática e uma Lei de Execuções Penais, o Direito Penal passava a ser aplicado de forma mais incisiva sob a perspectiva de se realizar um controle sobre as drogas e determinados grupos sociais no país, com uma clara aplicação do Direito Penal do Inimigo. Esse controle que passou a ser exercido ocorreu de uma forma

³⁶ **FERNANDES, Antônio Scarance.** *Crime organizado e a legislação brasileira.* Editora RT. São Paulo. 1995. P. 33.

extremamente repressiva, com imposição de penas privativas de liberdade, ocasionando, conseqüentemente uma superlotação em massa das penitenciárias brasileiras a partir deste período.

Para Boiteux (2006)³⁷, essa guerra, de origem norte-americana, que teria o intuito de combater o uso dessas drogas, acabou tomando um sentido onde milhões de pessoas são aprisionadas e mortas em todo planeta. Segundo dados de pesquisas realizadas pela ONU em 2012, no Relatório Mundial Sobre Drogas³⁸, apenas neste ano, ocorreram cerca de 200 mil mortes relacionadas a drogas em todo o mundo. Além disso, nesta mesma pesquisa restou constatado que na mesma época cerca de 243 milhões de pessoa no mundo são usuárias de drogas ilícitas.

Segundo Batista (2012)³⁹, em relação a esta política de guerra às drogas e as mortes a ela relacionadas temos que

(...) a sociologia entrou forte na gestão policial da vida, nas racionalizações do poder da dor e da morte. Atrás do discurso correto e do bom-mocismo acadêmico, o que vemos é a cooptação da academia para a legitimação do aumento exponencial dos autos de resistência (**só no Rio de Janeiro, cerca de 1.300 execuções anuais realizadas pela polícia, são legitimadas pela guerra contra as drogas**). Grifos nossos.

Nos Estado Unidos, onde se iniciou essa política repressiva contra as drogas, esta se mantém até os dias de hoje. Segundo Boiteux (2006)⁴⁰,

(...) Nos EUA, contudo, mantém-se a estratégia repressiva, com as prisões gerando negócios de bilhões de dólares, enquanto as cadeias brasileiras estão superlotadas, com presos em condições desumanas e sem qualquer perspectiva.

Em contrapartida, o Brasil que optou por seguir esse modelo norte-americano de proibição contra as drogas enfrenta uma realidade bem diferente. As cadeias aqui não geram negócios bilionários como nos Estados Unidos, muito pelo contrário, geram gastos absurdos aos cofres públicos. Além disso, outra diferença na questão do cárcere entre o Brasil e os Estados Unidos, reside na forma de cumprimento de pena que no Brasil é bastante diferente do modelo norte-americano, pois aqui há a vedação de penas de caráter perpétuo e do cumprimento de penas por mais de 30 anos no cárcere; enquanto que nos Estado Unidos além

³⁷ **BOITEUX, Luciana.** *O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade.* Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006, p.42/45.

³⁸ **UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime).** Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/index.html>> Acesso em: 21/10/2017.

³⁹ **BATISTA, Vera Malaguti.** *Adesão subjetiva à Barbárie.* Rio de Janeiro: Revan, 2012 2ª ed. pp. 307 ss.

⁴⁰ **BOITEUX, Luciana.** *A Nova Lei Antidrogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes.* Outubro – 2006, p.5.

de existir a possibilidade de prisões perpétuas, uma pessoa também pode cumprir penas por muitos anos, não existindo a limitação de 30 anos como no Brasil.

Outra realidade que ocorre no Brasil é em relação à superlotação dos presídios, com presos, em sua grande maioria, cumprindo suas penas em condições desumanas. Mediante a constatação dessa superlotação por parte do governo brasileiro desse sucateamento do sistema penitenciário, o Brasil, assim como fez os Estados Unidos na década de 1980 em razão de uma crise vivenciada em suas penitenciárias⁴¹, começou a investir em parcerias público-privadas no sistema prisional. As parcerias público-privadas nasceram de uma necessidade do Estado buscar possíveis parcerias no desenvolvimento de infraestrutura e serviços públicos para atendimento das demandas da sociedade encarcerada, além de dar o devido cumprimento, ainda que parcialmente, aos dizeres da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84).

4. A QUESTÃO CARCERÁRIA NO BRASIL ATUAL

A forma como se dá o cumprimento das penas atualmente no Brasil, é considerada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como situações de risco a proteção à vida e à integridade pessoal, psíquica e moral dos detentos⁴². A própria jurisprudência brasileira, em julgamento do Recurso Extraordinário nº580.252/MS (dezembro/2014)⁴³, menciona em trechos do voto do ex-ministro Teori Zavascki que ‘em nossas prisões as condições de vida são intoleráveis’ e, na prática, ‘os presos não tem direitos’.

O problema da violação de direitos dos presos se potencializa na medida que o crescimento da população carcerária aumenta a cada dia mais. A adoção de penas alternativas previstas legalmente, ainda não tem forte aplicação em nosso ordenamento, com isso, o cárcere se tornou o principal meio de cumprimento de penas. Nesse sentido, Juarez Tavares, em parecer elaborado como comentário a ADPF 347⁴⁴ afirma que:

(...) o sistema carcerário nacional, além de não possuir as condições mínimas para a concretização do projeto corretivo previsto nas normas nacionais e internacionais, apresenta uma eficácia invertida, isto é, atua de forma deformadora e estigmatizante sobre o condenado.

⁴¹ Disponível em: <http://leitor.ibanca.com.br/main/index/produto:visao_juridica-10> Acesso em: 30 de setembro de 2017.

⁴² Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em: 20 de setembro de 2017.

⁴³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2600961>> Acesso em: 31 de agosto de 2017.

⁴⁴ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em: 31 de agosto de 2017.

Em relação a essa superlotação carcerária, temos a seguinte passagem do voto do Ministro Marco Aurélio em acórdão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 347 MC/DF (setembro/2015):

(...) em virtude do crescimento significativo da população carcerária, que, de cerca de 90.000 presos, em 1990, chegou, em maio de 2014, a 563.000, sem contar os mais de 147.000 em regime de prisão domiciliar. Argumenta que, hoje, o número deve ultrapassar 600.000, possuindo o Brasil a quarta maior população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Se somadas as prisões domiciliares, o Brasil passaria a Rússia. Em 25 anos, verificou-se majoração de mais de 650%. O déficit seria de, pelo menos, 206.307 vagas, o qual aumentaria para 730 mil vagas, se fossem cumpridos todos os mandados de prisão expedidos.

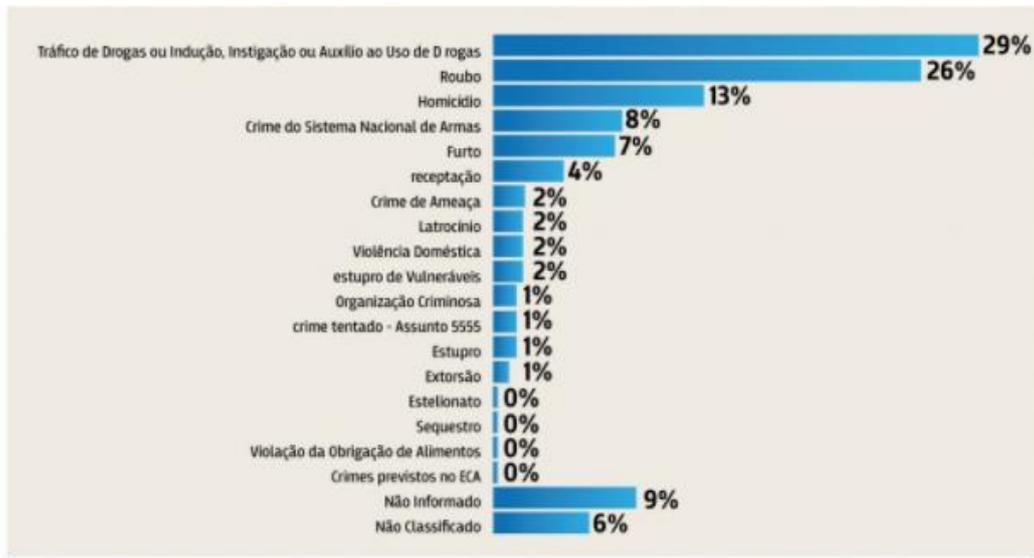
O atual cenário do sistema carcerário brasileiro implica a violação de diversos preceitos fundamentais que são garantidos pela Constituição de 1988 e por normas de aplicação internacional a todas as pessoas, mas principalmente aos detentos que cumprem suas penas. Dentre esses preceitos, que são alvos de constante violação, destacam-se a dignidade da pessoa humana (art.1º, inciso III CF); a proibição da tortura, do tratamento desumano ou degradante (art.5º, inciso III CF); o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos de acordo com a natureza do delito, idade e sexo do apenado (art.5º, inciso XLVIII CF); o respeito à integridade física e moral (art.5º, inciso XLIX CF); a presunção de não culpabilidade (art.5º, inciso LVII CF); dentre outros.

Com essa sucinta análise da atual situação do cárcere no Brasil, é importante ressaltar, de acordo com Boiteux (2012)⁴⁵, que a maior parte das pessoas presas atualmente não estão nos estabelecimentos de cumprimento de pena pela prática de crimes violentos, como roubos e homicídios, mas sim, por se enquadrarem no crime de tráfico de drogas. É possível chegar a tal conclusão por uma breve análise da pesquisa realizada pelo CNJ⁴⁶ no ano de 2017, onde 29% dos presos provisórios no Brasil respondem pelo crime de tráfico de drogas ou indução, instigação ou auxílio ao uso de drogas, conforme ilustrado na tabela abaixo:

⁴⁵ **BOITEUX, Luciana.** *A desproporcionalidade da Lei de Drogas: os custos humanos e econômicos da atual política no Brasil.* Disponível em: <https://www.wola.org/sites/default/files/Drug%20Policy/Artigo%20desproporcionalidade%20Brasil_rev.pdf> Acesso em: 03/08/2017.

⁴⁶ **CNJ – Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>

PERCENTUAL DE PRESOS PROVISÓRIOS POR TIPO DE CRIME PRATICADO



Fonte: Levantamento do CNJ com Tribunais de Justiça (Janeiro/2017)

Wagner Ulisses/Arte CNJ

Com essa conclusão chegamos ao objeto principal de análise nesta pesquisa, que se propõe a analisar os efeitos que a Lei 11.343/06 trouxe para essa crise vivenciada pelo sistema penitenciário brasileiro após sua promulgação no ano de 2006, mas levando-se em consideração que o hiperencarceramento no país vem desde a década de 1990 em razão dos reflexos trazidos pela adesão à política de drogas norte-americana da década de 1970 e o modelo político-criminal repressivo adotado pelo Brasil no combate às drogas.

5) A LEI 11.343/06 E SEUS IMPACTOS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

No ano de 2006, quando a Lei 11.343 foi promulgada e começou a ser aplicada no Brasil, as primeiras informações a ela relacionadas e veiculadas na grande mídia se mostravam muito favoráveis, pois apenas os ‘grandes traficantes’ teriam punições mais severas, e os ‘meros usuários’ não mais seriam presos. Um discurso muito bonito, mas que na prática, trazia um grande fracasso que ainda estava por vir.

O artigo 28 da Lei 11.343 traz em sua redação uma descriminalização formal da posse de droga para consumo pessoal. Vejamos a redação abaixo transcrita:

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:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

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

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

À época em que a Lei 6.368/1976 (antiga Lei de Tóxicos) ainda estava em vigor, a conduta do artigo 28, retro transcrito, era considerada crime, havendo a imposição de uma pena de detenção – mesmo que, na época, poucas pessoas fossem presas por este delito devido a incidência deste na sede dos Juizados Especiais Criminais. Porém, com a Lei 11.343, conforme já mencionado, teria ocorrido uma descriminalização formal da figura do usuário, mas sem ocorrer à legalização do uso/posse de drogas.

Com essas mudanças ocorridas, pelo menos em tese, haveria o abandono da fixação de penas de prisão para os usuários, sendo sancionadas penas alternativas no âmbito dos Juizados Criminais.

Com isso, a posse de drogas para consumo próprio, caracterizando a figura do usuário, transformou-se em uma infração sui-generis (não se falando em crime ou contravenção penal), a esta se aplicando isolada ou cumulativamente, uma série de medidas alternativas. Porém, quando se trata de uma posse ínfima de drogas, o correto seria a não

incidência de qualquer das medidas alternativas, mas sim, do Princípio da Insignificância⁴⁷, que é uma causa de exclusão da tipicidade material do fato.

Porém, essa questão da aplicação do Princípio da Insignificância já foi alvo de divergência em nossas cortes superiores. Vejamos os entendimentos jurisprudenciais existentes sobre tal questão:

RHC 36195 / DF RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2013/0077548-0. Ministro Jorge Mussi.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PORTE DE ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO. INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NO ART. 55 DA LEI N.º 11.343/06. SUPRESSÃO. TESE NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA LEI N.º 9.099/95. PREVISÃO LEGAL.

1. A alegada nulidade da ação penal em razão da não incidência do rito previsto no art. 55 da Lei de Tóxicos não foi analisada pelo Tribunal estadual no prévio writ, circunstância que impossibilitaria a análise da tese por este Sodalício.

2. Entretanto, conforme expressa previsão legal (artigo 48, § 1º, da Lei n. 11.343/06), **o crime de porte de entorpecente para uso próprio é processado de acordo com as normas contidas na Lei n. 9.099/95**, circunstância que demonstra a manifesta improcedência do pleito. (Grifos nossos)

CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA INERENTE À NATUREZA DO DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. RECURSO IMPROVIDO.

1. **Não merece prosperar a tese sustentada pela defesa no sentido de que a pequena porção apreendida com o recorrente - 1,19 g (um grama e dezenove decigramas) de cocaína - ensejaria a atipicidade da conduta ao afastar a ofensa à coletividade, primeiro porque o delito previsto no art. 28 da Lei n.º 11.343/06 trata-se de crime de perigo abstrato e, além disso, a reduzida quantidade da droga é da própria natureza do crime de porte de entorpecentes para uso próprio.** (Grifos nossos)

2. Recurso improvido.

HC 156543 / RJ HABEAS CORPUS 2009/0241123-4. Ministro OG Fernandes

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. (Grifos nossos)

1. **A jurisprudência desta Corte é firme quanto à inaplicabilidade do princípio da insignificância ao tráfico de drogas.** (Grifos nossos).

2. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços),

⁴⁷ De acordo com Bitencourt (2015), o **princípio da insignificância** consiste na necessidade de haver uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. A necessidade desta proporcionalidade se dá, na medida em que, frequentemente, condutas se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, mas não apresentam nenhuma relevância material, por não produzirem ofensa significativa ao bem jurídico tutelado. Havendo tais circunstâncias, poderá ser afastada liminarmente a tipicidade penal, pois em verdade, o bem jurídico não chegou a ser lesado. (BITENCOURT, **César Roberto**. *Tratado de Direito Penal* – Parte Geral 1, São Paulo, Saraiva, 2015, p.470)

desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

3. Na hipótese, houve a aplicação da causa de diminuição da pena no patamar inferior ao máximo legal (dois terços), valendo-se a instância ordinária de suficiente fundamentação, o que afasta a alegação de constrangimento ilegal.

4. Para concluir em sentido diverso, infirmo-se os argumentos expendidos na origem, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do habeas corpus. Precedentes do STJ e do STF.

5. Inviável a aplicação do regime aberto ou mesmo do sursis, dada a quantidade de pena imposta ao paciente.

6. Ordem denegada.

Demonstrada essa previsão legal sobre a questão da figura do usuário, ainda que haja posicionamentos jurisprudenciais diversos, fica claro que ao menos legalmente ocorre essa diferenciação do usuário para o grande traficante. Mas, na realidade, temos uma atuação com um cunho discricionário da autoridade policial na classificação do fato como uso ou tráfico.

A lei, por uma falta de clareza em sua redação, acaba por deixar uma margem de subjetividade ao agente policial, e qualquer quantidade de drogas passou a ser entendido como tráfico para muitos que por esse delito respondem ou são condenados, o que fez a população carcerária enquadrada no crime de tráfico de drogas disparar. O Direito Penal que deveria ser adotado como um limite ao *jus puniendi*, vem se transformando em um instrumento do desejo de punir.

A criminalização do comércio de determinadas drogas, que são selecionadas de maneira arbitrária, tem uma história que passa despercebida para quem, hoje, tem a prisão, a violência e a morte como naturais em um combate policial, com atitudes exageradas, contra determinadas substâncias.

VALOIS, em Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais de n° 286 / setembro de 2016⁴⁸, entende que ‘o Direito Penal foi forjado para legitimar a punição de uma relação comercial antes tida como uma relação qualquer, um fato social comum, violando sua própria natureza garantista’.

Ocorrendo esta realidade de enquadramento no delito de tráfico de drogas, destacamos que com a promulgação dessa nova lei em 2006 a pena mínima para o tráfico de

⁴⁸ Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim286.pdf>> Acesso em: 31 de agosto de 2017.

entorpecentes que até então era de três anos de acordo com a antiga Lei 6.368/1976, passa a ser cinco anos de acordo com a redação do artigo 33 da Lei 11.343, abaixo transcrito:

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.

Segundo o entendimento da pesquisadora Boiteux (2006)⁴⁹, o aumento do patamar mínimo de pena se deu no intuito de impedir a possível aplicação de penas alternativas, que poderia vir a ocorrer caso o patamar mínimo ficasse dentro dos três anos previsto até então, sendo passível o encaminhamento ao Juizado Especial, nos termos da Lei 9.099/1995. Porém, tal intuito, demonstra um retrocesso, pois à época, o próprio Supremo Tribunal Federal demonstrava um posicionamento sobre a viabilidade para penas alternativas nestes casos. Diante disso, temos a decisão do HC 97.256/RS STF⁵⁰ de 01 de setembro de 2010, vejamos:

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 delinquente 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 sequelas. 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

⁴⁹ **BOITEUX, Luciana.** *A Nova Lei Antidrogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes.* Outubro – 2006.

⁵⁰ Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>>. Acesso em: 15 de setembro de 2017.

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. (Grifos nossos).

Tal posicionamento adotado pelo STF no julgamento HC nº 97.256/RS⁵¹, exposto acima, demonstra que além da existência de um retrocesso de pensamento daqueles que entendem pela inviabilidade de penas alternativas no caso do tráfico de entorpecentes, também existe a inconstitucionalidade do art.44 da Lei 11.343/2006⁵², sendo de competência do juiz decidir, de acordo com o caso concreto, pelo o cabimento ou não do benefício de substituição da pena aplicada. Destaca-se aqui que essa possibilidade de substituição de pena em determinados casos, poderia, inclusive, reduzir essa quantidade exorbitante de presos por tráfico de drogas no Brasil nos dias atuais.

Segundo dados do DEPEN⁵³, os presos por tráfico de drogas até o começo de 2006 girava em torno de 31 mil presos. Em uma última análise do senso penitenciário feita em 2014, a população presa por tráfico já circulava em torno de 138 mil presos em todo país. O aumento dos detentos em razão do tráfico de drogas gira em torno de 339%. Com essa pequena demonstração de dados, ainda que de forma bastante sucinta, é possível observar que o objetivo no qual a lei foi criada não vem se cumprindo. Legalmente, existe a separação do

⁵¹ Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14767316/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-97256-rs-stf>> Acesso em: 30 de setembro de 2017.

⁵² **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.*

⁵³ **DEPEN** – Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em:< <http://www.depen.pr.gov.br/>>. Acesso em: 10 de agosto de 2017.

usuário (art.28 da Lei 11.343) e do traficante (art.33 da Lei 11.343), mas a realidade é que todo aquele que com drogas é encontrado, ainda que em pequenas quantidades, será enquadrado no tipo previsto no artigo 33 da Lei 11.343.

De acordo com o CNJ⁵⁴, o tráfico de drogas se tornou o crime que mais resulta em prisões hoje no Brasil, onde que, 28% dos presos brasileiros respondem ou foram condenados por este crime. Esse elevado índice de encarceramento por tráfico que é vivenciado atualmente nas prisões brasileiras tem sido uma demonstração clara da diminuição do Direito Penal e de outras instituições que já se encontram abaladas, facilitando o crescimento de outras, no caso, das organizações criminosas, que são financiadas pelas mesmas substâncias que são entendidas pelo Estado como proibidas. Essa proibição generalizada acaba por tornar tais substâncias mais caras e lucrativas. Mas isso, pouco importa, pois, o que se tem entendido como importante é apenas a aparência de moralidade que é imposta pelo nosso Estado. Analisando o gráfico abaixo apresentado temos a ilustração das estatísticas que levam a conclusão que o crime de tráfico de drogas é, atualmente, o crime que mais presos respondem no Brasil, vejamos:

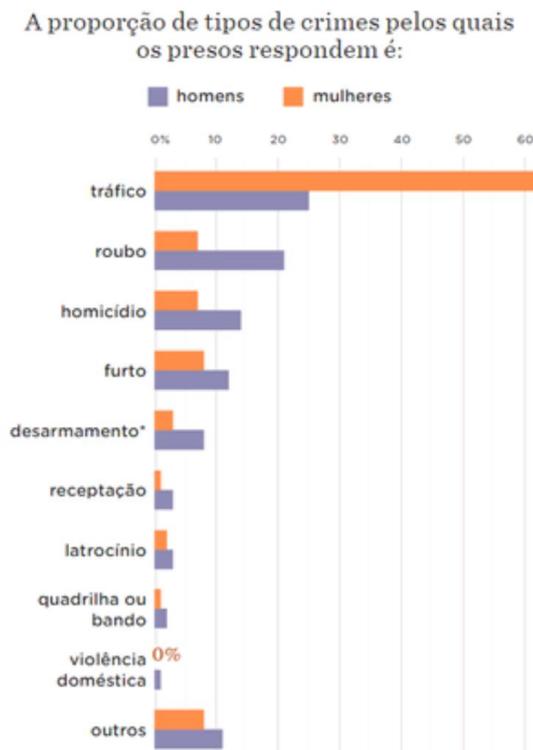


Gráfico produzido com base em dados de pesquisas feitas pelo DEPEN⁵⁵

⁵⁴ CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 10 de agosto de 2017.

⁵⁵ Disponível em: <<http://www.depen.pr.gov.br/>>. Acesso em: 10 de agosto de 2017.

5.1) A guerra às drogas à brasileira: as tensões atuais

Conforme já abordado nesta pesquisa, tivemos, desde a década de 1990, um crescimento acelerado do número de presos enquadrados no crime de tráfico de drogas. Um dos motivos para tal crescimento, dentre outros que não é o foco de análise neste trabalho, é atribuído à política repressiva contra as drogas, de influência norte-americana, que vem desde o final do século XX e que ainda é positivada em nosso ordenamento na Lei 11.343/2006.

O modelo proibicionista norte-americano se mostra tão forte dentro do território brasileiro, que sua incidência dentro do legislativo se mostra extremamente impactante, pois, reiteradamente, temos a recusa de possíveis aplicações de medidas alternativas para os casos de tráfico, acabando por gerar uma preferência de se tratar o tráfico de drogas apenas por meio do Direito Penal, aplicando, única e exclusivamente, penas de prisão.

No Brasil, não tratando esse posicionamento como uma verdade absoluta, mas com o objetivo de demonstrar que existe uma necessidade cada vez maior de não se enxergar a questão das drogas apenas como a mera prática de um crime, que a pena de prisão resolveria. A questão aqui é bem mais séria do que isso. Quando falamos de grandes traficantes, talvez o cárcere poderia ser uma das respostas. Mas quando falamos de usuários o modelo proibicionista de drogas norte-americano é bastante falho no caso brasileiro. Prender usuários só estaria incentivando mais o uso. Ninguém entra no sistema penitenciário e sai de lá menos usuário. A questão do usuário é uma situação de política pública, que deveria ser mais bem analisada pelo governo.

Em relação a esta questão de políticas públicas, é válido destacar que a própria Lei 11.343/06, em seu artigo 1º cria o SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Vejamos a redação do mencionado artigo:

Art. 1º Esta Lei 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 e define crimes. (Grifos nossos).

Tal sistema foi criado para cumprir metas e estratégias que estão elencadas na própria Lei 11.343/06, mais precisamente no artigo 3º⁵⁶, onde se tem a previsão de que o mencionado sistema (SISNAD) teria a finalidade de

(...) articular, integrar, organizar e coordenar atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas e a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

O art.4º da Lei 11.343 traz os princípios que regem o SISNAD. Esses princípios previstos no mencionado artigo, buscam a efetivação de tendências criminológicas modernas. Porém, mesmo com a instituição do SISNAD legalmente, a realidade que temos não é a de um apoio por parte do Estado em relação a questão das drogas, mas sim, de um certo abandono por parte do governo em buscar soluções alternativas e mais efetivas para a questão das drogas. A previsão legal tem um bom ideal, ocorre que, na prática, a realidade é bem diferente, pois, seja o grande traficante ou o mero usuário são tratados como grandes criminosos, recebendo o mesmo tipo de punição.

Essa questão da falta de diferenciação entre usuário e traficante na prática, não estando em conformidade com a disposição legal dos artigos 28 e 33 da Lei de Drogas, guarda estrita relação com a seletividade penal.

Antes de deter a análise especificamente na questão da seletividade penal e a relação estabelecida com a Lei de Drogas, é válida a realização de uma análise da atual situação vivenciada pelo sistema penal brasileiro nos dias atuais.

Segundo Valois (2016)⁵⁷, o sistema penal adotado no Brasil admite que o Estado assumira o poder de solucionar possíveis conflitos sociais por meio do Direito Penal, ou seja, passaria o Estado a deter o monopólio do poder/dever de impor sanções previamente estipuladas em normas taxativas buscando a pacificação social.

Mas, a Constituição Federal de 1988, que surge em um momento pós-regime militar, período este caracterizado por grandes excessos por parte dos governantes, busca efetivar um sistema penal garantista, estruturando um Direito Penal mínimo, sendo este ‘condicionado e limitado ao máximo, correspondendo não ao grau máximo de tutela das liberdades dos

⁵⁶ **Art. 3º** *O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:*

I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

⁵⁷ **VALOIS, Luís Carlos.** *O Direito Penal da guerra às drogas.* Belo Horizonte. D’Plácido. P.455. 2016.

cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também, a um ideal de racionalidade e certeza⁵⁸. A aplicação desse Direito Penal mínimo se traduziria com sua aplicação em *ultima ratio*, ou seja, a atuação estatal sobre condutas humanas por meio do Direito Penal seria a última das alternativas.

Mesmo que o objetivo precípua seja a aplicação de um Direito Penal mínimo, atualmente, temos a grande mídia e o senso comum levando a efetivação de um Direito Penal máximo, sendo este ilimitado e sem condicionantes. De acordo com o pensamento de Ferrajoli (2014)⁵⁹, o Direito Penal estaria

[...] se caracterizando, além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas, vias estas que permitem a máxima expansão e incontrolabilidade da intervenção punitiva, que por sua vez, sua incerteza e irracionalidade.

Mediante a existência desse cenário atual, temos estas duas ‘tendências’, de Direito Penal máximo e mínimo, convivendo entre si. Na prática, o que observamos, é um rigorismo cada vez maior por parte do legislativo e do judiciário, pois estes buscam no Direito Penal a cada dia mais, uma ferramenta que reprima as classes sociais exploradas pelos detentores de capital.

Essas classes sociais exploradas aqui mencionadas, como regra, são compostas por grupos sociais em situação de vulnerabilidade, com indivíduos excluídos do Estado de bem-estar social seja “por determinada cor ou determinado odor”⁶⁰. Esses ‘alvos’ do Direito Penal geram a efetiva construção de modelos ou práticas inimigas por meio de uma política criminal de característica seletiva e opressora.

A prisão acaba por ser um meio que vem a agravar toda essa questão de desigualdade social existente no Brasil. A realidade que é a de que aqueles em condições sociais mais baixas são abandonados pelo próprio Estado, não apenas em relação ao cárcere, mas também em relação à educação, saúde, trabalho, etc. O cárcere é apenas mais um reflexo desse abandono social existente.

Agora, partindo para uma relação inerente a essa seletividade penal com a Lei de Drogas, a realidade atual no país é a de que quem fica preso por tráfico são aqueles

⁵⁸ **FERRAJOLI, Luigi.** *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer Sica (et. al). 4ªed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.102.

⁵⁹ **FERRAJOLI, Luigi.** *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer Sica (et. al). 4ªed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.102.

⁶⁰ **VALENTE, Manuel Monteiro Guedes.** *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o progresso ao retrocesso.* Lisboa: Almedina, 2010.p.22.

considerados pobres, moradores de comunidades, com pouca ou nenhuma instrução. Aqueles que apresentam uma boa condição de vida, conseguem motivos para se verem livres do cárcere.

Vejamos dois casos abaixo, sendo o primeiro apenas com informações veiculadas pela mídia, pois, em razão do processo estar em segredo de justiça não obtivemos maiores informações e o segundo com informações dos próprios autos do processo judicial:

Caso 1:

Preso com 130 quilos de maconha e 199 munições de fuzil, filho de desembargadora é libertado - O plantão judiciário do TJ-MS, soltou na última sexta-feira Breno Fernando Solon Borges, de 37 anos. Ele teria sido preso com 130 quilos de maconha, 199 munições de fuzil, calibre 762 e uma pistola nove milímetros. Além disso, tinha contra ele dois mandados de prisão, que foram suspensos pela Justiça.⁶¹ (Grifos nossos).

Filho de desembargadora e presidente do TRE-MS preso por tráfico de drogas e de armas era **conhecido por torrar milhares de reais nas casas noturnas de Campo Grande**. Sua soltura demonstra o poder do dinheiro e da influência jurídica que ainda imperam na sociedade brasileira. (Grifos nossos).

Breno Fernando Solon Borges, de 37 anos, foi solto nesta semana e transferido para uma 'clínica psiquiátrica' após liminar concedida pelo desembargador José Ale Ahmad Netto.⁶²

Caso 2:

Rafael Braga Vieira, jovem, negro, pobre, reincidente, catador de latinha e ex-morador de rua é mais um alvo do poder punitivo, que leva consigo parte dos estigmas que a sociedade brasileira – classista e racista – foi capaz de produzir. Ele poderia assim ser apresentado como mais um caso de seletividade por parte do sistema de justiça criminal, condizente com o perfil da nossa brasilidade carcerária. Porém, o assim conhecido “Caso Rafael” atingiu efeitos para além da arbitrariedade seletiva, de modo a escancarar a irracionalidade e o fascismo ostensivo que norteiam cada atuação das agências punitivas.⁶³ Grifos nossos.

Trechos da Sentença caso Rafael Braga, proferida no processo número 0008566-71.2016.8.19.0001 que tramitou na 39ª Vara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁶⁴:

(...) No dia 12 de janeiro de 2016, por volta das 09 horas, na Rua 29, em localidade conhecida como "sem terra", situado no interior da comunidade Vila Cruzeiro, no Complexo de Favelas do Alemão, bairro da Penha, nesta cidade, o denunciado, com

⁶¹ Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/blogdorovai/2017/07/23/preso-com-130-quilos-de-maconha-e-199-municoes-de-fuzil-filho-de-desembargadora-e-libertado/>> Acesso em: 10 de agosto de 2017.

⁶² Disponível em: <<https://www.pragmatismopolitico.com.br/2017/07/filho-de-desembargadora-preso-por-trafico-solto.html>> Acesso em: 10 de agosto de 2017.

⁶³ ALVES, P.P.G; SADA, L.S. *Porque de novo eu? A tentativa do impossível e o caso Rafael Braga*. DISCURSOS SEDICIOSOS. Rio de Janeiro. V.20. p. 582-586. 2017.

⁶⁴ Disponível em:

<<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2016.900.001792-4>> Acesso em: 20 de setembro de 2017.

consciência e vontade, **trazia consigo, com finalidade de tráfico, 0,6g (seis decigramas) da substância entorpecente Cannabis Sativa L., acondicionados em uma embalagem plástica fechada por nó, bem como 9,3g (nove gramas e três decigramas) de Cocaína (pó)**, distribuídos em 06 cápsulas plásticas incolores e 02 embalagens plásticas fechadas por grampo, contendo a inscrição "CV-RL/PÓ 3/COMPLEXO DA PENHA", tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. (Grifos nossos).

(...). Alegou, ainda, o acusado RAFAEL BRAGA que, em seguida, os policiais militares o conduziram até um beco e lhe exigiram informações acerca de armas, drogas e traficantes da localidade. Contou o réu que após sua negativa, os agentes apresentaram uma bolsa contendo material entorpecente e ameaçaram que iriam lhe atribuir a posse das drogas, caso não prestasse as informações solicitadas por eles.

(...). As testemunhas, arroladas pelo Ministério Público, quais sejam, policiais militares Pablo Vinicius Cabral (fl. 195) e Victor Hugo Lago (fl. 220) ouvidas neste Juízo, através do sistema audiovisual, que participaram da prisão em flagrante do réu e apreensão das substâncias entorpecentes (fls. 12 e 13) e outro material (fl. 17), apresentaram depoimentos harmônicos entre si, cujo teor de suas declarações faz prova robusta que as substâncias entorpecentes descritas no laudo pericial (fls. 99/100) foram encontradas em poder do réu destinavam-se à venda.

(...). Portanto, os depoimentos prestados pelos policiais militares Pablo Vinicius Cabral (fl. 195) e Victor Hugo Lago neste Juízo, que efetuaram a prisão em flagrante do réu RAFAEL BRAGA VIEIRA e arrecadaram o material entorpecente em poder do mesmo (fls. 12 e 13), depoimentos estes corroborados pelas declarações das testemunhas Farley Alves de Figueiredo (fl. 247) e Fernando de Souza Pimentel, policiais que também participaram da operação policial que resultou na prisão do acusado, fazem prova robusta em desfavor do acusado em apontá-lo como autor do crime narrado na denúncia.

(...). Os depoimentos prestados em juízo pelos policiais militares responsáveis pela prisão do acusado merecem credibilidade, porquanto seguros e coerentes, guardam afinidade com a realidade fática trazida no contexto probatório. Ademais, não há qualquer motivo nos autos capaz de macular a isenção dos mesmos como testemunhas.

(...). Logo, concluo que o réu violou o disposto nos artigos 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06, na forma do art. 69 do Código Penal.

(...) *Ex positis*, julgo procedente a denúncia para condenar como ora CONDENO o réu RAFAEL BRAGA VIEIRA, como incurso nas sanções dos artigos art. 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06, na forma do art. 69 do CP, às penas de 11 (onze) anos e 03 (três) meses de reclusão e ao pagamento de 1.687 (um mil seiscentos e oitenta e sete) dias-multa, à razão unitária mínima.

Nesses dois casos acima demonstrados temos situações recentes, muito veiculadas pela mídia e que demonstram de forma clara o quanto o sistema penal no Brasil é seletivo. O filho de uma desembargadora, com grande poderio econômico, é pego com uma enorme quantidade de drogas, além de portar armas de alto calibre, e por ser constatado um suposto distúrbio psiquiátrico, foi liberado do cárcere.

No caso do jovem Rafael Braga, que teria sido pego com uma quantidade ínfima de drogas, principalmente se comparado com o caso anterior, foi condenado e encontrava-se preso até o mês de setembro de 2017, com uma condenação fundamentada exclusivamente em provas testemunhais de policiais que realizaram sua prisão. Ressalta-se, que mais

recentemente, no mês de agosto de 2017, seu pedido de habeas corpus foi negado pelo TJRJ, mas em setembro do mesmo ano, em decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, Rafael conseguiu o direito de cumprir sua pena em prisão domiciliar devido tuberculose contraída nas dependências da unidade prisional em que cumpria sua pena.

Com esses dois casos aqui demonstrados, temos que na prática as políticas de controle relacionadas ao tráfico de drogas no Brasil podem ser consideradas tímidas e discriminatórias. O que ocorre na realidade não é uma criminalização do tráfico de entorpecentes de maneira igualitária a todos, mas sim, uma criminalização da pobreza, como se aqueles que moram em “favelas”, ‘fossem o ponto nevrálgico dessa questão’⁶⁵.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto nesta pesquisa, foi possível observar que toda essa questão que envolve a política repressiva de drogas tem se mostrado não tão eficiente no Brasil. A adoção dessa política só fez aumentar significativamente a quantidade de pessoas encarceradas pelo delito de tráfico de drogas, não surtindo qualquer efeito de diminuição do uso de entorpecentes.

É necessário, que na prática, exista a efetivação da previsão legal da diferenciação de usuário (art.28 da Lei 11.343/06) para traficante (art.33 da Lei 11.343/06). Tratar o usuário, como se fosse um grande traficante, colocando-o no cárcere não o fará sair de lá menos usuário. Muito pelo contrário, dentro dos presídios brasileiros, ainda que haja a proibição do consumo de drogas nas dependências destes, é muito comum a entrada por meios ilegais destas substâncias. Prender, por vezes, pode estar sendo um incentivo ainda maior ao uso.

Porém, antes dessa necessidade de diferenciação do usuário para traficantes, é necessário que lacunas legais sejam sanadas pelo legislador, para que dessa forma, ocorra à aplicação legal de maneira efetiva. Segundo Valois (2016)⁶⁶, o próprio art.28 da Lei de Drogas, que prevê a questão do usuário, em sua redação apresenta lacunas, na medida em que, ‘ao estabelecer critérios de distinção para uso próprio, deixa o critério quantidade em aberto’, não havendo distinções claras sobre qual quantidade caracterizaria uso e qual caracteriza o

⁶⁵ **TEMPONE, Victor.** *Tráfico de Drogas e Violência Urbana: uma reflexão.* O Prisioneiro das Drogas. 2012. Disponível em: < <http://pontonulonotempo.blogspot.com.br/2012/08/trafico-de-drogas-e-violencia-urbana.html>> Acesso em: 21/10/2017.

⁶⁶ **VALOIS, Luís Carlos.** *O Direito Penal da guerra às drogas.* Belo Horizonte. D’Plácido. 2016. P.540.

tráfico. Essa falta de parâmetros acaba por gerar uma insegurança na aplicação da própria lei, além do subjetivismo na atuação policial quando ocorre a realização das prisões.

Conforme mencionado neste trabalho, a própria Lei de Drogas cria o SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas, com este prescrevendo medidas de prevenção ao uso e reinserção social de usuários e dependentes. Porém, mesmo existindo tal previsão legal, a existência de políticas públicas de controle ao uso ainda é bastante escasso.

É necessário que a questão do usuário passasse a ser vista pela nossa legislação e judiciário, como uma necessidade de tratamento. Inúmeras pesquisas realizadas demonstram que as drogas possuem a capacidade de alterar o sistema nervoso central, e que a figura do usuário deveria ser entendida como a de uma pessoa doente e que necessita de tratamento. Porém, na realidade o que usuário recebe é a aplicação de penas de prisão em condições desumanas e o abandono por parte do Estado.

Destaca-se também a necessidade da política de drogas ser aplicada de maneira igualitária entre todos, e não com ares discriminatórios e de criminalização da pobreza. ‘Ricos e pobres, seja qual for a sua raça, cor ou etnia, que cometem delitos iguais, merecem sim ter a punição prevista legalmente, mas de forma igualitária’⁶⁷, e não com aqueles “mais ricos” obtendo regalias proporcionadas pelo próprio sistema.

Existe ainda um longo caminho a ser trilhado até que se consiga alcançar um modelo ideal de controle as drogas, mas conforme mencionado por Boiteux (2006)⁶⁸, ‘é preciso suscitar o debate acerca da incoerência e das graves consequências da política de controle às drogas tal como vem sendo adotado’.

⁶⁷ VALOIS, Luís Carlos. *O Direito Penal da guerra às drogas*. Belo Horizonte. D’Plácido. 2016. P. 637

⁶⁸ BOITEUX, Luciana. *A Nova Lei Antidrogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes*. Outubro – 2006. P.6.

Referências Bibliográficas

ADPF 347 MC/DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 04/08/2017.

ALVES, P.P.G; SADA, L.S. *Porque de novo eu? A tentativa do impossível e o caso Rafael Braga.* DISCURSOS SEDICIOSOS. Rio de Janeiro. V.20. p. 582-586. 2017.

BATISTA Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.* Editora Revan. 2001, p. 102.

BATISTA, Vera Malaguti. *Adesão subjetiva à Bárbarie.* Rio de Janeiro: Revan, 2012 2ª ed. pp. 307 ss.

BITTENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1,* São Paulo, Saraiva, 2015.

BIZZOTO, Alexandre. *Nova Lei de Drogas.* Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

BOITEUX, Luciana. *A desproporcionalidade da Lei de Drogas: os custos humanos e econômicos da atual política no Brasil.* Disponível em: https://www.wola.org/sites/default/files/Drug%20Policy/Artigo%20desproporcionalidade%20Brasil_rev.pdf > Acesso em: 03/08/2017.

BOITEUX, Luciana. *A Nova Lei Antidrogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes.* Outubro – 2006. Disponível em: <https://www.neip.info.br>. Acesso em: 02/08/2017.

BOITEUX, Luciana. *O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade.* Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://comunidadesegura.org.br/files/controlepenalsobredrogasilicidas.pdf>>. Acesso em: 02/08/2017.

BOITEUX, Luciana. *Tráfico e Constituição: um es tudo sobre a atuação da justiça criminal* (2009). Disponível em: <https://www.uniceub.br/media/907107/Boiteux_Tr%C3%A1fico_e_Constitui%C3%A7%C3%A3o_.pdf>

CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil (do discurso oficial às regras de descriminalização).* Tese de Mestrado – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1996.

COSTA, L.C.A. MELLO, Leonel Itaussu. *História do Brasil.* São Paulo, Scipione, 2007.

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <<http://dados.mj.gov.br/organization/depen>>. Acesso em: 28/07/2017.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Crime organizado e a legislação brasileira.* Editora RT. São Paulo. 1995. P. 33.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer Sica (et. al). 4ªed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.102.

FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar,* México, Siglo XXI, 1976.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada,* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/>>. Acesso em 28/07/2017.

JUNQUEIRA, Gilberto Carvalho. *Considerações sobre a toxicofilia no Brasil.* Revista do Conselho Penitenciário do Distrito Federal, Rio de Janeiro, n. 23, ano VII, 1970, janeiro a março.

Lei 11.343/2006. *Lei de Drogas.*

Mapa da Violência – Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_rj.pdf> Acesso em: 22/10/2017.

ROLIM, Rivail Carvalho. *Drogas e juventude no pensamento jurídico-penal durante o regime militar.* Anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH • São Paulo, julho 2011.

TAVARES, Juarez. *Comentários a ADPF 347.* Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/juarez-tavares-diz-que-nao-se-pode-prender-no-brasil-falta-responsabilidade-do-estado-e-de-seus-magistrados/>>. Acesso em: 15/08/2017.

TEMPONE, Victor. *Tráfico de Drogas e Violência Urbana: uma reflexão.* O Prisioneiro das Drogas. 2012. Disponível em: < <http://pontonulonotempo.blogspot.com.br/2012/08/trafico-de-drogas-e-violencia-urbana.html>> Acesso em: 21/10/2017.

UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime). Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/index.html>> Acesso em: 21/10/2017.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o progresso ao retrocesso.* Lisboa: Almedina, 2010.

VALOIS, Luís Carlos. *O Direito Penal da guerra às drogas.* Belo Horizonte. D'Plácido. 2016.