XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

MARIA PAULA CASSONE ROSSI

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C929
Criminologias e política criminal I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Gustavo Noronha de Avila, Maria Paula Cassone Rossi – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-291-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Criminologias. 3. Política Criminal. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

Apresentação

É uma grande alegria poder introduzir, à comunidade acadêmica, os artigos apresentados durante o XXV Congresso do CONPEDI, em Curitiba. Nesta edição, foram organizados três Grupos de Trabalho "Criminologias e Política Criminal", com aproximadamente sessenta apresentações. Este crescimento é representativo do crescimento desse importantíssimo campo de estudo no Brasil.

Importante, primeiramente, ressaltar o amadurecimento das discussões aqui encontradas. Neste terceiro ano de fundação do Grupo de Trabalho "Criminologias e Política Criminal", que seria impossível sem o auxílio de Érika Mendes de Carvalho, Gisele Mendes de Carvalho e Nestor Eduardo Araruna Santiago, notamos um heterogêneo grupo de trabalhos amparados em uma tradição criminológico-crítica.

Mesmo sendo reflexões heterogêneas é possível identificarmos como traço comum, além do caráter crítico, textos fundados no real, no concreto. São aprofundadas as desigualdades estruturalmente colocadas em nosso país e seus impactos na produção estatal da criminalidade.

Estes debates trazem esperança, mesmo em um cenário desolador, de uma supressão gradativa de controles em nome de responsabilidades fundadas em uma ética comprometida com o outro. É um verdadeiro alento em meio ao notório aumento nos níveis de desagregação, o que nos leva ao incremento de violências e à emergência de autoritarismos.

Agradecemos ao CONPEDI pelo espaço concedido, bem como a cada um/a dos/as autores/as pelo excepcional nível de seriedade aqui demonstrado. Convidamos, então, nosso/a leitor/a a mergulhar neste universo de fraturas expostas do sistema penal. Boa leitura!

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila - UNICESUMAR

Profa. Dra. Maria Paula Cassone Rossi

O FRACASSO DA GUERRA ÀS DROGAS E A IMPRESCINDÍVEL QUEBRA DE PARADIGMAS RUMO À DESCRIMINALIZAÇÃO E À LEGALIZAÇÃO.

THE FAILURE OF THE DRUG WAR AND THE VITAL BREAK OF PARADIGMS TOWARDS DECRIMINALIZATION AND LEGALIZATION.

Fábio Augusto Tamborlin [1]

Resumo

A guerra às drogas fracassou. Atualmente ela apenas colabora com o desenvolvimento das estruturas do tráfico. Dessa forma, é imprescindível uma mudança de atitude. O primeiro passo é a descriminalização do uso das drogas. Em seguida, deve-se optar por legalizar a produção e o comércio, a partir de uma regulação estatal.

Palavras-chave: Guerra, Drogas, Descriminalização, Regulação

Abstract/Resumen/Résumé

The war on drugs has failed. Currently it only works with the development of trafficking structures. Thus, a change in attitude is essential. The first step is the decriminalization of drug use. Then, you should choose to legalize the production and trade, from a state regulation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: War, Drugs, Decriminalization, Regulation

[1] Mestrando em Direito do Estado - linha de pesquisa “Direito, Poder e Controle”, pela Universidade Federal do Paraná. Advogado.

1. INTRODUÇÃO

Vislumbra-se hodiernamente o modelo social que Ulrich Beck denomina de "sociedade do risco", abordagem semelhante, em alguma medida, ao que Zygmunt Bauman alcunha de "modernidade líquida". O cenário atual caracteriza-se pelas incertezas, pela insegurança, pela fluidez das relações, pela ausência de estruturas sólidas (especialmente as advindas do Estado). Uma sociedade que muito menos do que "da informação", é "da opinião". A mídia e as redes sociais apenas intensificam esse processo e potencializam as nossas suscetibilidades. Nesse contexto, as situações enfrentadas pelo direito penal são muito mais desafiantes do que outrora. Desafiantes e, acima de tudo, complexas[1].

Cabe a essa área do direito realizar a gestão de parcela desses riscos, contudo, observando-se os princípios basilares, tais como a intervenção mínima e a legalidade. Alguns instrumentos dogmáticos vêm sendo utilizados para a consecução do gerenciamento dos riscos, entre os quais se destacam a norma penal em branco, os delitos de perigo abstrato, e os bens jurídicos coletivos. Ocorre que, esses mecanismos implicam o adiantamento das barreiras de imputação, dando azo a um direito penal preventivo e, em muitas ocasiões, impossibilitando uma diferenciação entre o direito administrativo e o direito penal. Além disso, o caráter de *ultima ratio* do direito penal também é, ao menos em certa medida, violado, quando um mesmo delito reúne vários desses aparatos responsáveis por antecipações na punibilidade.

Esse é o "pano de fundo" dos temas que serão problematizados no presente artigo. O delito de tráfico de drogas configura-se como um crime de perigo abstrato, em tese visa à tutela de um bem jurídico coletivo, a saúde pública, e utiliza da técnica de tipificação denominada norma penal em branco para preencher o rol de substâncias consideradas como drogas ilícitas. Ou seja, a norma penal remete à normativa administrativa, buscando um complementar-se.

Diante desse cenário, percebe-se que além dos aspectos políticos-criminais e das vicissitudes afetas à criminologia, os quais serão abordados com mais detalhes nos tópicos a

---

1 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad.PlínioDentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

seguir, também existe um déficit de legitimidade sob o ponto de vista dogmático em relação ao delito de tráfico de drogas, circunstância que apenas corrobora com o posicionamento que será defendido do trabalho em comento.

2. CÁRCERE EM NÚMEROS

O levantamento dos dados relativos ao sistema penitenciário nacional elaborado pelo departamento penitenciário nacional (DEPEN), órgão pertencente ao Ministério da Justiça, traz uma série de informações de cunho esclarecedor no tocante à realidade prisional brasileira. Segundo o relatório referente a dezembro do ano de 2014, o Brasil ocupa a 4ª colocação geral, muito próximo de ultrapassar a Rússia e atingir o pódio, no ranking dos países com maior população carcerária, tendo-se em vista números absolutos. Caso ultrapasse a Rússia a nação tupiniquim ficaria atrás apenas de Estados Unidos e China[2].

São 622.202 detentos submetidos ao sistema penitenciário nacional, havendo um déficit de cerca de 250.318 vagas, vez que a taxa de ocupação das dependências carcerárias corresponde a 167%, sendo necessário praticamente duplicar a estrutura atual a fim de proporcionar um atendimento adequado à demanda prisional[3]. Outro dado que merece destaque é o fato de que o Brasil ocupa a 6ª colocação, entre os países com população superior a 10 milhões de habitantes, no que diz respeito à taxa de aprisionamento a cada 100 mil habitantes. São 306 detentos a cada 100 mil indivíduos, sendo que essa taxa aumenta para 418,44 quando são levados em conta apenas os sujeitos com 18 anos completos. Vale ressaltar que é taxa de encarceramento mundial é de 144 pessoas a cada 100 mil habitantes[4].

Grande parcela dos detentos, 40,10%, estão nessa situação a título provisório, melhor dizendo, submetidos a uma medida cautelar e, portanto, sem uma sentença judicial transitada em julgado que legitime a segregação. Ou seja, no Brasil há 249.668 presos temporariamente ou preventivamente, quantidade muito próxima ao déficit carcerário. Sendo assim, caso não houvesse prisão cautelar ou, então, se ela fosse utilizada apenas em situações extremas, em observância a um processo penal democrático e constitucional, os problemas carcerários estariam parcialmente resolvidos[5].

---

2 p.14

3 p. 14-17

4 p. 14-20

5 p. 16

Nos últimos 14 anos a população carcerária brasileira cresceu 167,32%, saltando de 232.755 em 2000 para 622.202 em 2014, fenômeno semelhante ao ocorrido nos Estados Unidos entre as décadas de 70 e 90 e que adiante será melhor detalhado. Em grande medida, especialmente no período posterior a 2006, esse crescimento da população carcerária tem uma explicação: o aumento da repressão e encarceramento em relação ao delito de tráfico de drogas.

A Lei n°11343 de 2006, conhecida como Lei de drogas, passou a vigorar a partir do final do ano de 2006. Segundo levantamentos realizados pelo Departamento Penitenciário Nacional, no primeiro semestre desse ano havia 41436 detentos com a liberdade segregada em razão da prática da conduta tida como tráfico de drogas, sendo 36678 homens e 4758 mulheres. Ademais, no segundo semestre de 2006 houve um pequeno aumento, existindo 39700 homens e 5433 mulheres encarcerados em virtude do tráfico de drogas, totalizando-se 45133 detentos[6].

Nos oito primeiros anos de vigência do supracitado diploma legal houve um aumento vertiginoso do número de indivíduos presos por tráfico de drogas. Em dezembro de 2014 foi constata a existência de 174.217 indivíduos presos em razão da prática, muitas vezes suposta - pois não há sentença transitada em julgado, do delito de tráfico de drogas. Isso corresponde a praticamente o quádruplo do número relativo ao final de 2006, ou seja, um aumento de quase 400% em apenas 08 (oito) anos.

O tráfico de drogas vem sendo, desde a vigência da Lei n° 11.343/2006, o carro chefe que propiciou o aumento do número de presos, seja no aspecto absoluto (número total de detentos) seja no viés proporcional (número de presos a cada 100 mil habitantes). Nesse período, compreendido entre o final de 2006 e fim do ano de 2014, houve um incremento de 220.966 indivíduos encarcerados, sendo que desse montante a liberdade de 129.084 detentos foi restringida em virtude do tráfico de drogas. Ou seja, quase dois terços do aumento de presos dizem respeito ao punitivismo dirigido aos supostos traficantes[7].

O percentual da população prisional que praticou o delito de tráfico de drogas corresponde a 28%. Esse cenário é ainda mais alarmante quando observada a situação feminina, pois 64% das detentas estão presas em virtude do tráfico de drogas[8]. Esses dados

6 p. 16-20

7 Número de presos por tráfico existentes no final do ano de 2014 era 174217, reduzindo pelo número de detentos existentes no final de 2006, qual seja, 45133, chega-se ao montante de 129084, quantitativo que representa o aumento no número de presos em razão do tráfico de drogas entre o final de 2006 e o final de 2014.

8 p.33

não computam delitos derivados do tráfico de drogas, tais como furtos, roubos, uso de documentação falsa, homicídio, porte ilegal de arma e lavagem de dinheiro. Além disso, vale ressaltar que em 2005 a taxa de mulheres presas correspondia a 13,58 a cada 100 mil, sendo que em 2014 esse índice já estava em 32,25[9]. Desse modo, percebe-se que no mesmo período a população carcerária geral (na proporção a cada 100 mil habitantes) cresceu 57%, enquanto que o número de mulheres presas subiu 137%, especialmente em razão do grande número de aprisionamentos de mulheres por tráfico de drogas, a partir do final do ano de 2006.

Ademais, outra circunstância relevante diz respeito ao número de indivíduos que passa pelo controle do sistema penitenciário brasileiro ao longo de um ano. Durante o segundo semestre de 2014 entraram 279.912 pessoas no sistema prisional, enquanto que no mesmo período 199.100 saíram dele. Considerando-se a quantidade de indivíduos que estavam no sistema prisional em dezembro de 2013 (581.507), assim como as pessoas que entraram no sistema ao longo do primeiro semestre de 2014 (155.821), é possível afirmar-se que cerca de 1 milhão de pessoas passaram pelo sistema prisional brasileiro ao longo do ano de 2014[10].

Visando-se a traçar um perfil do detento "médio" brasileiro serão trazidas a lume outras constatações advindas do levantamento de dados realizados pelo Departamento Penitenciário Nacional. Em relação à cor da pele, 61,67% dos detentos foram elencados como pardos ou negros. No tocante à idade, 55,07% dos presos possui entre 18 e 29 anos. No que tange à escolaridade, 75,08% dos detentos possuem no máximo o ensino fundamental completo. Ademais, ainda sobre o tema da educação, somente 13% dos presos, enquanto possuem a liberdade restringida, estão envolvidos em alguma atividade educacional[11].

O presente tópico buscou trazer parcela do contexto no qual a discussão a respeito do tráfico de drogas está inserida, destacando-se algumas vicissitudes do sistema prisional, dando-se ênfase aos dados relativos ao tema problematizado no presente artigo: tráfico de drogas. Infelizmente, não se pode apresentar com a mesma precisão dados a respeito de todos os delitos que de alguma forma possuem ligação com o tráfico de drogas. Também não é possível fazer uma estatística precisa do número de mortos em razão do supracitado delito, uma vez que a cifra negra é gigantesca.

A despeito disso, a observância de alguns outros dados pode contribuir com a análise do tema em comento. Primeiramente, o índice de mortes violentas a cada 100 mil habitantes,

---

9p. 40

10p.23

11p.36.

o qual em 2014 restou em 28,80 (24,41 são referentes a homicídios dolosos), resultando em 58497 mortes violentas no Brasil no referido ano. Dessas mortes, 3022 foram causadas por policiais, ou seja, a cada 03 horas a polícia mata uma pessoa, representando 5% das mortes intencionais. De outro lado, no mesmo ano 398 policiais foram mortos, número inferior ao ano de 2013.[12]

Também merece destaque o valor despendido em segurança pública. Em 2014 foram gastos quase 70 bilhões de reais com o sistema de segurança brasileiro, levando-se em consideração os valores utilizados pela União e pelos Estados. Outro aspecto revelador, no tocante à identificação dos maiores oprimidos pelo aparato penal, reside no fato de que em 2014 para cada não negro que sofreu homicídio, 2,4 indivíduos negros foram mortos.[13]

Com efeito, no que tange à letalidade de afrodescendentes, não deixa de ser intrigante o aumento de 18,2% na taxa de homicídio de negros entre 2004 e 2014, uma vez que nesse idêntico lapso temporal o mesmo indicador associado a não negros diminuiu 14,6%. Dessa forma, vislumbra-se um acirramento da diferença de letalidade entre negros e não negros ao longo dessa década.[14]

Os últimos dados acima expostos não dizem respeito especificamente ao tráfico de drogas, mas possuem estreita ligação com esse delito, vez que colaboram na constituição do cenário no qual ele está inserido, assim como são resultados, em grande parte, da repressão ao consumo e ao tráfico de drogas. A partir das informações trazidas nesse tópico serão abordadas algumas nuances fundamentais na análise da guerras às drogas e, ao final, serão analisados os votos já publicados do Recurso Extraordinário n° 635.659, no bojo qual o tema em tela é discutido.

3. A SELETIVIDADE DO ESTADO PENAL

Primeiramente, é imperioso ressaltar que o sistema penal é seletivo, ou seja, direciona a sua estrutura para determinadas camadas da sociedade. O crime e o criminoso não são dados ontológicos, pelo contrário, são estruturas construídas socialmente. Os conceitos relativos a essas estruturas são formados, em grande parte, pelos agentes do estado responsáveis pelo controle social.

12 p. 42.

13 p.46.

14 p.60.

O óculo do Estado é parcial, especialmente no tocante à aplicação do direito penal. A criminologia crítica há décadas denuncia que determinados indivíduos são estigmatizados, sendo a eles destinadas etiquetas de criminosos, fenômeno também conhecido como *labeling aproach*.

A forma como se lida com o sistema penal nada mais é do que uma escolha, uma opção político-criminal. Os Estados Unidos, a partir dos anos 70, optaram pelo desenvolvimento de um estado penal em detrimento a um estado social[15]. A partir do mandato do presidente Reagan houve um avanço da criminalização dos marginalizados, fator ao qual se aliou o desenvolvimento excessivo da instituição carcerária[16].

Wacquant denomina esse fenômeno de tentação penal, vez que a fim de minimizar a insegurança social o poder público recorre às instituições carcerárias. Isso não se configura como um processo natural, mas sim traduz uma preferência cultural e política, ou seja, a escolha de um caminho a ser trilhado.[17]

O autor francês aponta que a destruição do estado social e a hipertrofia do estado penal são dois processos complementares e concomitantes. Nesse cenário deu-se azo ao estado centauro. Nesse modelo, a cabeça é liberal, com a idéia de que o mercado deve funcionar livremente - justificando-se as desigualdades sociais. De outro lado, o corpo desse centauro é autoritário, punitivo e repressor quanto ao tratamento das conseqüências advindas das supracitadas desigualdades[18].

Ademais, é imperioso destacar que o fato de a população carcerária norte americana ter quadruplicado em duas décadas não se explica aumento da criminalidade violenta, mas sim pela expansão da utilização da restrição de liberdade em relação a delitos aos quais não era direcionada a prisão. Na década de 80 os Estados Unidos se lançam com um rigor maior em relação à guerra contra as drogas, vicissitude que impulsionou o fenômeno da inflação carcerária[19].

Outro aspecto relevante diz respeito à questão financeira. O desenvolvimento dos meios necessários à consecução de um estado penal apenas foi possível, do ponto de vista

---

15ARGÜELLO, Katie. *Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem*. p.6

16WACQUANT, Loïc. *A ascensão do Estado penal nos EUA*. *In* BORDIEU, Pierre (Org.). De l'État social à l'État penal. *Discursos Sediciosos:* crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Revan, ano 7, n. 11, 2002. p. 9.

17Ibidem. p.12.

18 Ibidem. p.15.

19Ibidem. p. 19-21.

orçamentário, em razão do corte do orçamento relativo às ajudas sociais, entre as quais se destacam a saúde e a educação. Ou seja, houve uma realocação dos fundos, sendo que as prisões tornaram-se o maior programa habitacional dos Estados Unidos[20]. O gasto com sistema prisional tornou-se tão significativo que foi necessário privatizar parcela da gestão e construção de complexos prisionais, processo o qual ainda está em desenvolvimento e ampliação.

A exposição do contexto norte americano é de grande importância uma vez que o Brasil está no meio de um processo bastante semelhante de hiperencarceramento, conforme análise realizada no primeiro tópico do presente trabalho. De acordo com a análise acima, o sistema penal e o âmbito e a amplitude de sua atuação são consequências de uma escolha político-criminal, uma opção de projeto de nação. Uma das alternativas é manter e, até mesmo ampliar, a repressão em relação aos delitos de tráfico de drogas. Essa parece ser a escolha mais cômoda e natural, contudo os efeitos sem sombra de dúvidas serão nefastos.

De outro lado, é possível optar-se por uma política de redução de danos e de minimização da aplicação do aparato penal, especialmente no tocante à "guerra às drogas". Essa escolha retira o judiciário, o legislativo e o executivo de uma zona de conforto e lança um grande desafio ao Estado.

No que tange à realidade brasileira, Vera Malaguti Batista destaca que na abertura democrática ocorrida entre 1978 e 1988 houve uma mudança em relação ao inimigo interno da nação. Se na ditadura o inimigo era consubstanciado na figura do terrorista, a partir do regime democrático esse papel passa a ser assumido pelo traficante. Ocorre uma expansão desse inimigo, o qual pode ser encontrado em qualquer bairro de periferia[21].

Segundo a autora, é formado um estereótipo do bandido, como um jovem negro, morador da favela, funkeiro, envolvido com o tráfico de drogas e vestido com roupas e adereços próprios, tais como tênis, boné e cordões[22]. De acordo com Vera Malaguti, a ideologia de extermínio tem como base o medo, sentimento o qual é administrado cotidianamente pela mídia.

A demonização do tráfico de drogas intensificou os aparatos de controle social e legitima, ao menos parcialmente, a violência policial e a violação de garantias fundamentais e direitos humanos. Além disso, o mercado de drogas propiciou uma concentração dos lucros e

20Ibidem. p.27-28.

21 MALAGUTI BATISTA, Vera. *Dífices ganhos fáceis:* Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 1ª reimpressão, dezembro de 2013.Malaguti. p. 39-40.

22 Ibidem. p. 36-37.

um aumento nos investimentos no sistema penal[23]. Com efeito, deve-se ressaltar que o direito penal está voltado, via de regra, a jovens, pobres e afrodescendentes. Dessa forma, os indivíduos selecionados pelo direito penal ocupam posições subalternas na hierarquia do tráfico, sendo denominados por Olando Zaccone como acionistas do nada[24].

Segundo o autor esse acionista do nada é uma espécie de empresário falho, materializado, via de regra, por "aviões", "mulas", "esticas", "suíços" e "soldados", ou seja, por representantes dos menores níveis hierárquicos da "carreira" do tráfico de drogas. Isso ocorre, pois o direito penal é seletivo, optando pela seleção dos mais vulneráveis. A principal consequência dessa escolha é o encarceramento em massa dos excluídos, os quais não se encaixam na lógica do consumo e, por isso, são retirados do meio social. A eles é destinado o estado penal em detrimento do estado social[25].

Salo de Carvalho aponta que a maior promessa da modernidade foi a segurança. Todavia, falhou-se na consecução desse objetivo. No âmbito da sociedade de risco global os indivíduos se enxergam cada vez mais como vítimas em potencial, apresentando uma alta suscetibilidade às ameaças desse sistema social[26]. Essa insegurança legitima um direito penal da emergência, no qual as garantias são restritas em prol de um suposto aumento da segurança. Na verdade, aumenta-se a repressão em relação a determinadas classes sociais, selecionadas pelas agências de controle, as quais recorrem ao sistema penal, tanto no âmbito da criminalização, quanto no tocante à criminalização secundária.

O cenário acima descrito dá azo à implementação, ao menos na práxis das agências de controle social, do direito penal do inimigo formulado pelo autor alemão Günther Jakobs. Trata-se de um nítido direito penal do autor, no bojo do qual o sujeito que não se encaixar em determinados papéis será excluído do convívio social, sendo tratado como inimigo e não como cidadão, a fim de obter-se a estabilidade normativa[27].

Nesse modelo opera-se uma desumanização, assim como uma despersonalização do direito penal, no âmbito do qual prepondera a vigência da norma. Inspirado nesse funcionalismo sistêmico, Jesús-María Silva Sánchez propõe um modelo de velocidades. Em

23 Ibidem. p. 36-37;135.

24 Ibidem. p. 130-36; Terminologia importada de Nils Christie. D' ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de droga**. Rio de janeiro: Revan,2007. p. 23-24.

25D' ELIA FILHO, Orlando Zaccone. op. cit. p. 128-129.

26CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil:** estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p.154.

27Ibidem. p. 154-161.

síntese, para determinados indivíduos haverá mais garantias, enquanto que para outros os direitos e garantias individuais serão reduzidas, coexistindo um direito penal dual ou até tríplice, espécies que se adéquam bem a modelos sociais autoritários e repressores[28].

Esse inimigo, tendo-se em vista a realidade brasileira, é preponderantemente o traficante. Em especial os traficantes que ocupam os menores níveis hierárquicos na cadeia do tráfico acabam sofrendo os efeitos do direito penal do inimigo a eles destinado, em razão da maior vulnerabilidade que os caracteriza. Basta-se olhar os dados estatísticos relativos ao sistema carcerário, esmiuçados no primeiro tópico do presente artigo, para perceber que o delito de tráfico de drogas vem ganhando ano a ano um maior protagonismo no que diz respeito ao encarceramento e à persecução penal.[29]

4. ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 635.659

Em 2015 o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário n° 635.659, o qual diz respeito a um caso de uso de maconha. Até o momento 03 (três) ministros já apresentaram o respectivo voto, restringindo-se ao caso em apreço ou tratando da temática do tráfico de drogas como um todo, são eles: Gilmar Mendes, Luiz Edson Fachin e Luís Roberto Barroso.

Independentemente do posicionamento específico de cada ministro é importante ressaltar que o simples debate de um tema tão relevante como o tráfico de drogas já representa um grande ganho para toda a sociedade. A simples omissão apenas legitimará a manutenção de uma política que não vem logrando êxito, não apenas no Brasil, mas em outros países, entre eles os Estados Unidos.

Luís Roberto Barroso, por exemplo, restringiu a análise de seu voto à maconha, ressaltando, contudo, que alguma ideias poderiam ser aplicáveis a outras drogas. Ademais, destaca que o julgado diz respeito à descriminalização e não à legalização, ou seja, o consumo de maconha continuará sendo ilícito, todavia não terá natureza penal. O ministro ressalta que a guerra às drogas fracassou, sendo que desde a década de 70 os Estados Unidos adotaram uma política de repressão contundente em relação ao comércio de drogas, o que implicou um alto custo político e social, sem maiores êxitos na diminuição do consumo. Segundo Barroso,

28Idem.

29Idem.

insistir naquilo que não funciona não nos levará a lugar nenhum e, além disso, é preciso olhar para o tema tendo em vista as peculiaridades da realidade brasileira.[30]

O ministro elenca três prioridades. Primeiramente, é necessário reduzir o poder que o tráfico detém, sendo que isso apenas seria possível com o fim da ilegalidade do comércio das drogas, por meio de uma produção e distribuição regulada desses produtos. Ademais, deve-se reduzir o encarceramento de jovens, pobres e primários, os quais configuram o "baixo clero" no âmbito da hierarquia do tráfico. Talvez dessa forma pôr-se-á fim ao genocídio de jovens negros inseridos no sistema penal brasileiro. Por fim, o consumidor não pode ser etiquetado e estereotipado como criminoso, mas sim como um indivíduo que opta por desempenhar uma conduta que implica determinados riscos[31].

Para Barroso, algumas razões legitimam a consecução dos objetivos supracitados. Uma delas seria o fracasso da política atual de repressão ao tráfico de drogas, vez que essa tratativa resultou na formação de um mercado ilegal lucrativo, assim como promoveu o desenvolvimento da criminalidade associada ao tráfico. A fim de reforçar o argumento em tela, o ministro aponta que enquanto o consumo de drogas aumentou mesmo após a repressão de um estado penal, o inverso ocorreu em relação ao cigarro, a respeito do qual se adota uma política diversa de desestímulo ao uso, sem a incidência do aparato penal[32].

Outra razão relevante é o alto custo que a guerra às drogas implica a sociedade. Um custo não apenas financeiro, como também social, em decorrência do aumento da população carcerária e da discriminação. Além disso, muitos jovens primários são presos e desenvolvem, a partir do primeiro contato com o desumano sistema penitenciário, uma conduta de vida criminosa, tornando o nível de reincidência muito elevado. Ademais, não há critérios objetivos que possibilitem a distinção entre as figuras do traficante e do usuário, deixando uma discricionariedade demasiada a policiais e magistrados no que tange à avaliação do caso concreto. Nesse vácuo legislativo, o poder aquisitivo do indivíduo, via de regra, determina se ele será considerado como traficante ou usuário[33].

A última razão diz respeito ao fato de que a proteção à saúde pública é deixada de lado em uma realidade que prioriza a guerra às drogas. Em tese a saúde pública é o bem a ser protegido, contudo se vislumbra, em maior medida, a repressão ao tráfico, sendo raras as

30BARROSO, Luís Roberto. p. 1-3

31Ibidem. p. 4.

32Ibidem. p. 4-5.

33Ibidem. p. 5;6.

adoções de medidas visando ao tratamento dos consumidores. Além disso, a criminalização do usuário o afasta de um possível tratamento[34].

Ademais, como alerta Barroso, é preciso olhar para o mundo e verificar quais são as estratégias e políticas criminais adotadas pelos outros países, uma vez que a questão das drogas é um tema de caráter global. Em Portugal, já houve a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, no Uruguai legalizou-se a produção, o comércio e o consumo de maconha. Na Espanha não se pune o uso de drogas, desde que essa conduta não seja praticada em público, sendo possível, ainda, o porte de até 100 gramas de maconha, quantidade a qual se configura como destinada ao uso pessoa. Diversos estados americanos já descriminalizaram o porte da maconha para uso, e quatro deles avançaram ainda mais, legalizando o comércio dessa substância[35].

O ministro Gilmar Mendes também utiliza exemplos de outros países visando à defesa da aplicação de medidas administrativas em detrimento a sanções de natureza penal, em especial no tocante ao porte de pequenas quantidades de droga. São citadas diversas nações europeias: Portugal, Espanha, Holanda, Itália, Alemanha e República Tcheca. Para o ministro, as medidas administrativas são mais eficazes em relação à contenção do consumo de drogas. Por conseguinte, configura-se a criminalização do uso de drogas como medida excessivamente agressiva à privacidade e à intimidade, dando azo a uma inconstitucionalidade decorrente da desproporcionalidade entre os efeitos da incriminação e a conduta incriminada[36].

Ademais, ainda em relação à proporcionalidade, é válido ressaltar que em relação ao tabaco e ao álcool adotam-se medidas também de natureza administrativa, a fim de que o consumo dessas substâncias seja reduzido. Em relação a elas não se adesiva a etiqueta da ofensa à saúde pública. Esse é o modo mais adequado de lidar com o uso dessas substâncias, devendo ser expandido para as drogas elencadas na portaria n° 344 da ANVISA, norma administrativa que complementa a Lei Penal n° 11343 de 2006, elencando as substâncias cujo uso e comércio será reprimido pelo referido diploma legal[37].

Luís Roberto Barroso, também aduz que não há violação de bem jurídico alheio no consumo, ao menos no que tange especificamente ao consumo da maconha:

34Idem.

35 Ibidem. p. 6;7.

36 MENDES, Gilmar. p. 38-42.

37 Idem.

> "...a conduta em questão não extrapola o âmbito individual, o Estado não pode atuar pela criminalização. O principal bem jurídico lesado pelo consumo de maconha é a própria saúde individual do usuário, e não um bem jurídico alheio. Aplicando a mesma lógica, o Estado não pune a tentativa de suicídio ou a autolesão. Há quem invoque a saúde pública como bem jurídico violado. Em primeiro lugar, tratar-se-ia de uma lesão vaga, remota, provavelmente em menor escala do que, por exemplo, o álcool ou o tabaco..."[38]

Esse posicionamento, no entanto, é válido para todas as substâncias em relação as quais incide a Lei de drogas. Em razão de uma coerência lógica do sistema penal, assim como em observância ao princípio da intervenção mínima, o usuário de drogas não deve ser reprimido com o aparato penal.

Outrossim, o ministro Luís Roberto Barroso insiste, ainda, na necessidade de implementação de critérios objetivos de diferenciação entre usuário e traficante. Infelizmente, em virtude da práxis das agências de controle parece que isso seria apenas uma atenuante ao problema, vez que não se solucionaria a seletividade do sistema penal.De todo modo, o estabelecimento de um parâmetro de diferenciação mostra-se como uma medida benéfica.

Atualmente, ante a inexistência de critérios objetivos que distingam, ainda que presumidamente, o usuário do traficante, percebe-se uma grande incidência de discriminação. O filtro penal resta clarividente, pois jovens de classe média são, via de regra, considerados usuários, enquanto que, de outro lado, os jovens mais pobres e vulneráveis são enquadrados como traficantes, representando grande parcela dos detentos em razão das condutas previstas na Lei n° 11343 de 2006[39].

Os argumentos trazidos a lume no voto do ministro Luís Roberto Barroso com certeza elevaram o nível da discussão do tema em tela, contudo a parte dispositiva mais interessante parece ter sido a de Gilmar Mendes. Isso pode ser afirmado, uma vez que o voto do ministro não restringiu a inconstitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas à maconha. Pelo contrário, ampliou a todas as substâncias em relação às quais o diploma legal em apreço se direciona[40].

A descriminalização do uso de todas as substâncias e não apenas da maconha mostra-se como a opção mais acertada. A lógica é a mesma, as razões e justificativas trazidas na argumentação do voto de Luís Roberto Barroso valem para todas as drogas cujo uso é

38 BARROSO, Luís Roberto. p. 9.

39 Ibidem. p. 11.

40 MENDES, Gilmar. p. 54-56.

criminalizado. O contexto exposto nos primeiros tópicos desse trabalho também guarda íntima relação com todas as substâncias, não apenas em relação à maconha.

Ademais, Gilmar Mendes demonstrou em seu voto uma significativa preocupação com relação à saúde pública, requerendo estratégias preventivas e de recuperação adequadas às especificidades socioculturais dos diversos grupos de usuários e das diferentes drogas utilizadas[41]. O ministro ressaltou que as sanções previstas no artigo 28 devem ser mantidas, contudo como medidas de natureza administrativa.

Essa opção defendida por Gilmar Mendes, da aplicação de medidas administrativas em detrimento do sistema penal, vai ao encontro ao princípio da intervenção mínima, assim como à consecução de um direito penal enquanto *ultima ratio* do ordenamento jurídico[42]. O direito penal deve ser acionado apenas para punir as lesões mais graves aos bens jurídicos mais relevantes. Dessa forma, não apenas em razão de uma escolha político criminal, mas também, em consonância com o princípio da intervenção mínima, não deve o direito penal ser manejado no tocante aos usuários das substâncias contidas na portaria 344 da ANVISA.

Para Luiz Edson Fachin, que também restringiu seu voto à declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal em relação à maconha, é um "paradoxo desassossegador" adotar a descriminalização do uso de drogas, uma vez que a produção e a comercialização dessas substâncias consubstanciam o delito de tráfico. Além disso, segundo o ministro não há solução perfeita, sendo que em relação à temática em apreço as escolhas são "trágicas"[43].

Talvez o mais desassossegador e, concomitantemente trágico, seja a manutenção de uma posição meramente repressora do Estado em relação a usuários e a traficantes. A insistência na guerra às drogas, além de cômodo, apenas amplia as mazelas sociais às quais os mais vulneráveis estão suscetíveis. A omissão, somada à falta de regulação, por parte do Estado, apenas implica a manutenção do *status quo*. Dessa forma, mantém um mercado ilício altamente lucrativo, o qual financia a prática de delitos. Além disso, corrobora com a estrutura atual do tráfico, na qual, via de regra, são encarceradas apenas as peças fungíveis da

41 Ibidem. p. 44-48.

42Ibidem. p. 38-39 "Ainda que se afirme que a posse de drogas para uso pessoal não integra, em sua plenitude, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, isso não legitima que se lance mão do direito penal para ocontrole do consumo de drogas, em prejuízo de tantas outras medidas denatureza não penal, como, por exemplo, a proibição de consumo emlugares públicos, a limitação de quantidade compatível com o usopessoal, a proibição administrativa de certas drogas sob pena de sanções"

43FACHIN, Luiz Edson. p.2;18.

engrenagem criminosa, ou seja, pessoas vulneráveis, geralmente jovens, que se dedicaram a essa carreira criminosa em razão da ausência, ou existência reduzida, de outras oportunidades.

Por isso, é imprescindível uma atuação estatal no sentido de uma ruptura paradigmática do contexto vislumbrado hodiernamente. Os efeitos de uma atuação demasiadamente repressora do Estado não afetam apenas os "outros" vulneráveis, mas a sociedade como um todo, uma vez que todos são potenciais vítimas de delitos e o dinheiro advindo do tráfico é a principal fonte de financiamento das estruturas criminosas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A estratégia repressiva adotada, até então, em relação ao delito de tráfico de drogas fracassou. Ela apenas foi responsável por desenvolver uma estrutura, hierárquica e lucrativa, corroborando para um cenário no qual as peças fungíveis e vulneráveis, que ocupam o "baixo clero" do tráfico, sejam encarceradas, aumentando-se o número de clientes penais que ingressam no sistema penitenciário.

Perdeu-se, portanto, a guerra às drogas, sendo imperioso rumar em sentido contrário, a fim de diminuir os malefícios advindos das drogas e do combate ao tráfico dessas substâncias. O Estado não pode se omitir, pelo contrário deve regular a questão. O primeiro passo trata-se da descriminalização do uso de drogas. Em seguida, poderá avançar-se no sentido da regulação da produção e do comércio dessas substâncias, visando à redução do poder do tráfico, o qual explora, sem competitividade, um mercado altamente lucrativo e desregulado.

Outrossim, não se pleiteia por um estímulo ao consumo dessas substâncias, mas sim pela observância da autonomia e da liberdade dos indivíduos que desejarem assumir os riscos derivados da utilização de drogas. Além disso, a repressão não se mostra eficaz ao controle do tráfico, tampouco à redução do consumo de drogas. Por conseguinte, estratégias semelhantes às adotadas em relação ao cigarro mostram-se como mais adequadas. Deve-se optar por medidas administrativas, regulação estatal, tratamentos médicos e políticas educacionais, em detrimento de uma repressão violenta, seletiva e promotora de estigmas.

REFERÊNCIAS BILBIOGRÁFICAS

ARGÜELLO, Katie. *Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem.* Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/Artigo-Katie.pdf

Acesso em: 08 de julho de 2016.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal:* introdução à sociologia do direito penal. 6 ed. trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad.PlínioDentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

D' ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada*: quem são os traficantes de droga. Rio de janeiro: Revan,2007.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015.
Disponível em: www.forumseguranca.org.br/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica Acesso em: 05 de agosto de 2016.

MALAGUTI BATISTA, Vera. *Difices ganhos fáceis:* Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 1ª reimpressão, dezembro de 2013.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Relatório disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf acesso em: 19/05/2016.

WACQUANT, Loïc. *A ascensão do Estado penal nos EUA*. *In* BORDIEU, Pierre (Org.). De l'État social à l'État penal. *Discursos Sediciosos:* crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Revan, ano 7, n. 11, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal.* Trad. Sérgio Lamarão. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.